Schadensersatzansprüche der Straßenbahnunternehmen wegen Betriebssperre durch die Polizei bei Aufzügen.

(Zugleich ein Beitrag zu den §§ 70 ff. PVG vom 1. 6. 1931).

Inaugural-Dissertation
zur
Erlangung der juristischen Doktorwürde
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Paul Weidtke
Rechtskandidat aus Naugard (Pommern).

Marburg 1934

Dissertations-Verlag G. H. Nolte Düsseldorf

Als Dissertation von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
angenommen am 10. Februar 1934.

Berichterstatter:

Ministerialrat a. D. Professor Dr. iur. Dr. phil. h. c. Felix Genzmer.

Inhaltsverzeichnis.

Schrifttum.

Anschütz: Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919. 14. Aufl. 1933.
— Die Vermögensbeschädigung durch rechtmäßige Handhabung der Staatsgewalt. Im Verw.Arch. Bd. 5 S. 1 ff.
Böttger: Die preußischen Straßenbahnen 1913—1932. Im Arch. f. Eisenbahnwesen 1933, Heft 2 S. 393.
Brecht: Vereins- und Versammlungsrecht. In v. Brauchitsch: Verwaltungsgesetze f. Preußen, Bd. II, 1. Halbbd. 22. Aufl. 1932 S. 239 ff.
Boemke: Die staatliche Entschädigungspflicht auf Grund der §§ 74, 75 Einl. ALR. Diss. Göttingen 1927.
Bredt: Der Geist der deutschen Reichsverfassung. Berlin 1924.
Delius: Art. 123 u. 124 RV. in „Die Grundrechte und Grundpflichten der RV.", Kommentar zum II. Teil der RV., hrsg. von Nipperdey 1930, II. Bd. S. 138 ff.
Drews: Preußisches Polizeirecht I, 3. Aufl. 1931.
— Schadensersatzansprüche aus Anlaß polizeilicher Verfügungen. In der JW 1922 S. 260.
Drews-Lassar-Brecht-Falck: Allgemeine und politische Polizei. Kommentar 1932.
Eger: Art. „Kleinbahnen" im Wörterb. d. Staats- u. Verw.Rechts (Stengel-Fleischmann) 2. Aufl. 1913, II. Bd. S. 578 ff.
Fleiner: Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts. 8. Aufl. 1928.
Fleischmann: Die Entschädigung der öffentlichen Betriebsunternehmungen bei polizeilich verfügter Straßensperrung. In Egers Eisenbahnrechtl. Entscheidungen, Bd. 20 S. 286 ff., 370 ff., Bd. 21 S. 309 ff., 423 ff.
Friedrichs: Polizeiverwaltungsgesetz. Komm. 2. Aufl. 1932.
Fritsch: Handbuch der Eisenbahngesetzgebung, 3. Aufl. 1930.
Germershausen: Wegerecht und Wegeverwaltung in Preußen, 4. Aufl. 1932.
Hein-Krüger: Das Gesetz über Kleinbahnen und Privatanschlußbahnen vom 28. 7. 1892. Komm. 2. Bde. 1929.
Hoffmann: Kommentar zur Gewerbeordnung f. d. Dt. Reich, 34./35. Aufl. 1932.
Jellinek, Gg.: System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl. 1905.
Jellinek, Walter: Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 1931.
Kaysser: Artikel: Kleinbahnen. Im Handwörterb. d. Staatswiss. (Ludwig Elster) 4. Aufl. 1923. V. Bd. S. 705 ff.
Kerstiens: Die Reform des Polizeirechts in Preußen. Im Verw.Arch. Bd. 36 S. 206 ff.
Kittel: Die rechtliche Stellung des Straßenbahnunternehmers zum Staat und zur Gemeinde nach deutschem Verwaltungsrecht. In Egers Eisenbahnrechtl. Entsch. u. Abh. Bd. 23 S. 191 ff., 327 ff.
Klausener-Kerstiens-Kempner: Das Polizeiverwaltungsgesetz vom 1. 6. 1931. 3. Aufl. 1931.
Kleeberg: § 75 Einl. ALR. und die Rechtsprechung des Reichsgerichts. Diss. Leipzig, 1909.
Kormann: System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte. 1910.
v. Landmann: Komm. zur Gewerbeordnung f. d. Dt. Reich. 8. Aufl. 1928, hrsg. von Rohmer.
Lehmann: Die Rechte des Unternehmers aus der Kleinbahnkonzession nach preußischem Recht. Diss. Tübingen 1909.
Löning: Lehrbuch d. dt. Verwaltungsrechts, 1884.
Majer: Enteignung u. Eigentumsaufopferung. Diss. Tübingen 1933.

Otto Mayer: Deutsches Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 1924, 2 Bde.
— Die Entschädigungspflicht des Staates nach Billigkeitsrecht. 1904.
Gg. Meyer: Artikel: Konzessionen. Im Wörterb. d. Staats- u. Verw.Rechts (Stengel-Fleischmann) 1913, II. Bd. S. 630.
Mezger: Lehrbuch d. Strafrechts, 2. Aufl. 1933.
Molitor: Über die Haftung des Staates bei Verletzung von Privatrechten. Arch.öff.Recht Bd. 20 S. 265 ff.
Neuhoff: Bedeutung und Tragweite des Art. 153 der RV. nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts. Diss. Marburg 1930.
Rehm: Art.: Fiskus. Im 3. Ergz.Bd. z. Wörterbuch d. dtsch. Verwaltungsrechts (v. Stengel) 1897, S. 96 ff.
Schelcher: Die rechtliche Natur der Eisenbahnkonzession in Sachsen unter besonderer Berücksichtigung der elektrischen Straßenbahn. In Fischers Ztschr. Bd. 20 S. 1 ff.
Schmitt, Carl: Die Auflösung des Enteignungsbegriffs. In der JW 1929 S. 495.
— Ein Jahr nationalsozialistischer Verfassungsstaat. „Deutsches Recht" Nr. 2 v. 25. 1. 1934, S. 27.
Scholz-Forni: Über die Verantwortlichkeit des Urhebers eines polizeiwidrigen Zustandes und über den Ausschluß der Verantwortlichkeit im Falle der Ausübung eines Rechts. Im Verw.Arch. Bd. 30 S. 11 ff., S. 244 ff.
Stier-Somlo: Die Pflicht des Eigentümers zur Erhaltung seines Eigentums in polizeigemäßem Zustande. Im Verw.Arch. Bd. 6 S. 275 ff.
Triepel: Goldbilanzverordnung u. Vorzugsaktien, 1924.
Tschaksch: Die öffentlich-rechtliche Entschädigung bei schuldlos rechtswidrigen Verwaltungsakten. Diss. Marburg 1931.
Troitzsch: Die Polizeipflicht in politisch bewegten Zeiten, 1933.
Vossen: Über das Grenzgebiet zwischen Enteignung und polizeilichem Eingriff ins Privateigentum. Arch.öff.Recht Bd. 22 S. 266 ff. (1907).
M. Wolff: Das Sachenrecht. 1932. In Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrb. d. Bürgerl. Rechts, III. Bd.

Entscheidungen des Preußischen Oberverwaltungsgerichts (OVG).
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (RG).
Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen (RGSt).

Einleitung.

Die Frage, ob die Straßenbahnunternehmen den ihnen aus einer polizeilichen Betriebssperre erwachsenen Schaden zurückverlangen können, wird nicht zum erstenmal in dieser Arbeit behandlt. Aber teils liegen die früheren Untersuchungen ziemlich weit zurück [1], sodaß die neuere und neueste Gesetzgebung nicht berücksichtigt ist, teils wird die gerade hier zur Erörterung stehende Frage nur kurz gestreift und abgetan [2].

Trotzdem ist sie keineswegs bedeutungslos. Daran ändert auch nichts die Tatsache, daß im Jahre 1929 von 100 Straßenbahnen in Preußen nur noch 9 ganz in privaten Händen waren, während 40 gemischtwirtschaftlich, 29 im Regiebetrieb und 22 von städtischen Gesellschaften betrieben wurden[3]; denn wenn auch die Gemeinde, der danach in den meisten Fällen die Straßenbahn gehört, selbst für eine etwaige Entschädigung aufzukommen hätte, besonders dann, wenn die Polizei von der Gemeinde als Auftragsangelegenheit ausgeübt wird, so bleibt es für die Wirtschaftlichkeit der Straßenbahnen doch wichtig, ob für Betriebssperren, zumal wenn diese sich häufen, Ersatz zu leisten ist oder nicht. Andererseits ist die Möglichkeit des Zusammenpralls der verschiedenen Belange umso größer geworden, als mit dem Wachsen der Bevölkerung und mit der immer stärker werdenden Anteilnahme der Menschen am öffentlichen und politischen Leben auch die Aufzüge kleinerer und größerer Menschenmengen sehr beträchlich zu genommen haben.

Die Aufgabe der folgenden Abhandlung soll es nun sein, zu prüfen, wie in heutiger Zeit nach heutigem Recht die Anwort auf die gestellte Frage zu lauten hat. Dabei wird es auch im Besonderen notwendig sein, das Polizeiverwaltungsgesetz vom 1. 6. 1931 in dieser Richtung hin zu untersuchen. Es geht uns hier im wesentlichen um die Frage des Ob, nicht um die Frage des Wie. Zwar ist wegen der angeblichen Schwierigkeit der Verwirklichung des etwaigen Anspruchs, also des Wie, dem ganzen Problem die Bedeutung abgesprochen worden [4]. Aber die hierfür gegebenen Gründe sind nicht stichhaltig. Gewiß besteht die Schwierigkeit einer ziffermäßigen Schadensfeststellung, aber es lassen sich Durchschnittsbeträge ermitteln, und dem Richter liegt bezüglich der Schätzung des Schadens im Prozesse, wie das Reichsgericht in einem Streite nach § 75 EALR. bemerkt [5], keine andere Aufgabe ob, als wie sie ihm häufiger in Schadensersatzprozessen zufällt [6].

1) s. z. B. Fleischmann: Die Entschädigung der öff. Betriebsunternehmungen. In Egers Eisenbahnrechtlichen Entsch. Bd. 20 S. 286 ff.
2) Lehmann: Die Rechte d. Unternehmers S. 59 ff.
3) nach Böttger, Arch. f. Eisenb.Wesen 1933, Heft 3 S. 754.
4) Lehmann a.a.O. S. 59/60.
5) RG 44 S. 282—88.
6) s. dazu Kleeberg, § 75 EALR u. die Rechtspr. d. RG. S. 124.

I. Abschnitt. Die Straßenbahn und ihre Betriebsrechte.

§ 1. Die rechtliche Natur der Straßenbahn.

Straßenbahnen gehören zu den Eisenbahnen. Darüber, was das wesentlichste Unterscheidungsmerkmal der Eisenbahnen gegenüber anderen Verkehrsunternehmen ist, gibt es verschiedene Auffassungen. Im Sinne der Gewerbeordnung, meinen v. Landmann-Rohmer [1]), gehöre zum Begriffe der Eisenbahnunternehmung der feste Spurweg, während nach Hein-Krüger [2]) im § 1 des Preußischen Kleinbahngesetzes vom 28. 7. 1892 [3]) unter Eisenbahnen lediglich Schienenbahnen zu verstehen sind. Wir stimmen der letzten Ansicht zu. Das Fahren auf Schienen reiht die Straßenbahn ein in den Begriff „Eisenbahnen". Dies ist heute noch die bewußte oder unbewußte Abgrenzung von anderen Verkehrsunternehmen, bei denen man, sofern die übrigen Merkmale, die wir bei Eisenbahnen finden (z. B. regelmäßiger, zu festen Zeiten, im voraus bestimmter Verkehr), vorhanden sind, bezeichnenderweise nicht von Bahnen, sondern von Linien spricht. Allerdings scheint sich in jüngster Zeit hier ein Wandel der Wortbedeutung und Sachbezeichnung zu vollziehen. Wir erinnern an das große Vorhaben, das deutsche Staatsgebiet durch ein Netz erstrangiger Reichsautobahnen zu erschließen. Doch wird dies nicht gegen unsere Ansicht zeugen, denn in dieser Zusammensetzung will das Wort „Bahn" nur einen zum Verkehr geeigneten Körper bezeichnen, hat also die Bedeutung wie das Wort „Fahrbahn". Auch diese Überlegung führt uns dazu, unter Eisenbahnen Schienenbahnen zu verstehen. Ob die Wagen sich dabei auf oder unter den Schienen fortbewegen, ist rechtlich unwesentlich, sodaß also auch Schwebebahnen unter die Eisenbahnen zu rechnen sind.

In dieser Eigenschaft als Eisenbahnen fallen die Straßenbahnen nicht unter die Gewerbeordnung. Denn auch die Eisenbahnunternehmen, die lediglich für den Verkehr innerhalb einzelner Orte bestimmt sind, sind Eisenbahnunternehmen i. S. von § 6 dieses Gesetzes. Das scheint uns vor allem auch das Vorhandensein des Kleinbahngesetzes zu beweisen, dessen Geltungsbereich sehr erheblich eingeschränkt wäre, wollte man die Straßenbahnen auch noch der Gewerbeordnung unterstellen. Auch der Gesetzgeber rechnet die Straßenbahnen zu den Kleinbahnen i. S. des Kleinbahngesetzes. Das geht klar aus der Tatsache hervor, daß er als Anlage 4 zur Ausführungsanweisung für das Kleinb.Ges. besondere Bau- und Betriebsvorschriften für Straßenbahnen mit Maschinenbetrieb gegeben hat [4]).

Daß danach für die Rechtsverhältnisse der Straßenbahnen das Gesetz von 1892 maßgebend ist, dürfte feststehen. Meinungsverschiedenheit herrscht wohl auch nicht darüber, daß ebenfalls die durch Pferde und nicht durch elementare Kraft betriebenen Bahnen, von denen allerdings die beiden letzten deutschen in Zerbst und Jüterbog Anfang August 1927 durch

1) Komm. zur Gew.O. 8. Aufl. 1928, I. Bd. I. Tl. S. 120.
2) Kleinbahngesetz 1929 Bd. I S. 26.
3) Ges.S. S. 225.
4) abgedruckt bei Hein-Krüger a.a.O. Bd. II S. 112 ff.

Kraftomnibusse ersetzt sein sollen[5]), unter das erwähnte Gesetz fallen[6]). Nur Schelcher[7]) nimmt ebenso wie die sächsische Praxis (letzte sogar alle Straßenbahnen) die Pferdebahnen von den Eisenbahnen überhaupt aus, weil es an der elementaren Betriebskraft, die zum Begriffe der Eisenbahnen gehöre, mangele. Auch das preußische Oberverwaltungsgericht hatte vor dem Erlaß des Kleinbahngesetzes die Pferdebahnen nicht zu den Eisenbahnen gerechnet, jetzt ist die bejahende Stellung eindeutig[8]).

Im Kleinbahngesetz von 1892 wird der Besonderheit Rechnung getragen, die dieser Art von Bahnen zukommt, im Gegensatz einmal zu den großen Staatsbahnen und ferner zu den übrigen Verkehrsunternehmen, für die die Gewerbeordnung von 1869 (in der Bekanntmachung von 1900) dann gilt, wenn es sich um den Verkehr innerhalb der Orte handelt.

Das erwähnte Kleinbahngesetz ist von der Weimarer Reichsverfassung und den neuen Reichsgesetzen und -verordnungen mit Ausnahme von Art. 96 RV unberührt geblieben[9]). Jedenfalls sind die Änderungen durch das Reichsgesetz betr. den Staatsvertrag über den Übergang der Staatseisenbahnen auf das Reich vom 30. 4. 1920 und das Reichsbahngesetz von 1924 nicht allzu wesentlich[10]). Insbesondere fallen die Straßenbahnen als Kleinbahnen nicht unter den Art. 95 RV, sie unterlagen also bisher nicht der Beaufsichtigung durch das Reich, denn Kleinbahnen dienen wohl dem öffentlichen, aber nicht dem allgemeinen Verkehr[11]). Schließlich hat auch das neue Landesrecht das Kleinbahngesetz in seiner Geltung nicht beeinträchtigt, vielmehr wurde es durch das Polizeiverwaltungsgesetz vom 1. 6. 1931[12]) ausdrücklich als noch wirksam bestätigt und aufrecht erhalten.

§ 2: Die Straßenbahnkonzession.

Wichtig für das Ergebnis dieser Untersuchung ist die rechtliche Beurteilung der Genehmigung, deren jedes nach dem Kleinbahngesetz errichtete Straßenbahnunternehmen gemäß § 2 des Gesetzes bedarf.

Man gebraucht für die staatliche oder behördliche Erlaubnis, die man zu irgendwelchen Tätigkeiten einzuholen hat, den Ausdruck „Konzession"[13]), und so spricht man auch von einer Kleinbahnkonzession. Aber der Ausdruck Konzession ist insofern zu allgemein, als er keine Auskunft über den genauen Inhalt der Konzessionen gibt. Es kann sich dabei sowohl um eine einfache sog. „polizeiliche Erlaubnis" als auch um eine Verleihung besonderer Rechte handeln. Kormann[14]) nennt die letztere „Konzession" und

5) nach Böttger a.a.O. S. 393.
6) anders nur das RGSt 12 S. 205.
7) Die rechtl. Natur der Eisenbahnkonzession, in Fischers Ztschr. Bd. 20 S. 1 ff.
8) Nachweise bei v. Landmann, Komm. z. Gew.O. I, 1, S. 120 u. 510.
9) Fritsch, Eisenbahngesetzgebung, 1930, S. 91 Nr. 1.
10) Vgl. dazu Hein-Krüger a.a.O. Bd. I Vorwort.
11) übereinstimmend Anschütz, Vf. d. Dt. Reichs, 14. Aufl. S. 461 u. Hein-Krüger a.a.O. Bd. I S. 26.
12) PVG § 83, 1.
13) Otto Mayer, Dt. Verw.R. 3. Aufl. Bd. II S. 244.
14) Syst. d. rechtsgesch. Staatsakte S. 84.

spricht in den anderen Fällen von der „Autorisation als der Wiederherstellung der natürlichen Handlungsfähigkeit." So ist für uns die Frage: Handelt es sich bei der „Genehmigung" einer Kleinbahn um eine Verleihung besonderer Rechte? Wenn ja, welchen Inhalt haben sie? Oder liegt nur eine Freistellung von Beschränkungen der allgemeinen Freiheit, eine polizeiliche Erlaubnis vor? Zwar sind wir der Meinung, daß auch die Ausübung eines auf Grund der letzteren begonnenen Gewerbes als subjektives Recht zu betrachten ist, und nicht nur als „Reflex objektiven Rechts" [15]), d. h. als bloße Rückwirkung aus einem objektiven öffentlich-rechtlichen Rechtstatbestand; denn es ist einleuchtend, was Gg. Meyer [16]) ausführt, daß hinsichtlich aller Tätigkeiten, welche einer Konzessionspflicht unterliegen, eben keine angeborene Handlungsfreiheit bestehe, daß die Beschränkung der allgemeinen Handlungsfreiheit vielmehr unerläßliche Voraussetzung für das Dasein jeder Konzessionspflicht sei. Aber der Inhalt der Rechte bei einer bloßen gewerbepolizeilichen Erlaubnis und bei einer Verleihung besonderer Rechte ist ein verschiedener. Es macht einen Unterschied, ob durch eine behördliche Genehmigung nur die aus irgendwelchen polizeilichen Gründen errichteten Schranken beseitigt werden, sodaß hier gewissermaßen, abgesehen von dem subjektiven Recht auf Ausübung, das aber den polizeilichen Schranken unterliegt, der alte Zustand, wie er vor dem allgemeinen Verbot genehmigungsloser Tätigkeit war, wiederhergestellt ist, oder ob jemand durch die Genehmigung Rechte erlangt, die ihm nicht schon zustanden, sondern die ihm mehr geben, unter Umständen sogar einen Teil von der Staatsmacht oder ein Recht auf Ausübung von Tätigkeiten, die sich der Staat vorbehalten hat.

Wesentlich bei der Betrachtung der Kleinbahngenehmigung ist die Frage nach dem Vorhandensein eines besonderen Rechts auf Benutzung der Straße, nicht in der Richtung, daß das Kleinbahnunternehmen infolge seiner „Konzession" Schienen in die Straßen einbauen oder Masten, die die elektrische Leitung tragen, errichten könnte. Solche Rechte müssen besonders begründet werden, und ihr Erwerb ist gemäß § 6 Klb.Ges. bei dem Antrag auf Genehmigung nachzuweisen. Sondern es geht um ein Vorrecht auf Benutzung der Straße zum Verkehr der Straßenbahnwagen gegenüber dem allgemeinen sonstigen Verkehr, also auch gegenüber den Aufzügen. Das weitere Ziel ist dann, festzustellen, ob das Straßenbahnunternehmen bei Vorliegen von besonderen Benutzungsrechten an der Straße von der Polizei gegenüber einem Aufzug, d. h. um diesem die Straße freizumachen, in Anspruch genommen werden kann.

Hat die Straßenbahn ein besonderes subjektives Recht auf die Ausübung ihres Betriebes und damit verbunden ein Sondernutzungsrecht an der Straße, so läge die Vermutung nahe, daß die Polizei gar nicht gegen sie vorgehen kann, wenn nicht ein Fall des polizeilichen Notstandes vorliegt; anderenfalls verletze sie ihre Amtspflicht, sodaß ein Anspruch aus Art. 131 RV, § 839 BGB zu prüfen wäre. Dann dürfe die Polizei nicht

---

15) Gg. Jellinek, Syst. d. subj. öff. Rechte S. 74/75.

16) Art. „Konzessionen" im Wörterb. d. Staats- u. Verw.Rechts (Stengel-Fleischmann) 1913, II. Bd. S. 630.

behaupten, diese von ihr „konzessionierte" Bahn sei eine Gefahr für den Verkehr, weil ein Festzug veranstaltet werde. Dann müsse sich die Polizei an den Festzug wenden [17]).

Über die rechtliche Bedeutung der Kleinbahngenehmigung, der wie wir sahen, der Wortbedeutung nach verschiedener rechtlicher Gehalt beigemessen werden kann, herrscht lebhafter Streit [18]). Ein Teil der Schriftsteller hält sie für eine „gewöhnliche" Polizeierlaubnis [19]). Andere sehen in ihr eine „wahre Konzession", ein Privileg, eine Verleihung [20]). Besonders haben sich hierfür eingesetzt Fleischmann [21]) und Lehmann [22]). Ganz selbstverständlich scheint die Privilegsnatur für Otto Mayer [23]) zu sein. Er erwähnt nicht einmal die Möglichkeit der verschiedenen Bewertung der Kleinbahngenehmigung und Großbahnkonzession, beruft sich jedoch stets, wenn er von Klein- und Straßenbahnen spricht, auf Eger, ebenfalls einen Vertreter des Privilegcharakters [24]). Hein-Krüger dagegen meinen [25]), es sei von geringer Bedeutung, wie man sich entscheide, da die Rechtswirkungen im Kleinbahngesetz positiv geregelt seien. Ob diese Ansicht die richtige ist, wird sich weiter unten zeigen, wenn wir den Inhalt der Konzession und ihre Wirkungen auf die polizeilichen Befugnisse gegenüber dem Straßenbahnbetreb betrachtet haben.

Für die Natur eines Privilegs, einer echten Konzession, wird geltend gemacht, daß die Genehmigungsbehörde nach § 4, Ziff. 4 Klb.Ges. bei der Erteilung der Genehmigung zu prüfen hätte, ob die Interessen des öffentlichen Verkehrs gewahrt sind. Ferner wird auf die obrigkeitlichen Befugnisse hingewiesen [26]), mit denen die Angestellten der Kleinbahn nach § 22, Abschn. VII der Ausführungsanweisung zum Kleinbahngesetz vom 13. 8. 1898 [27]) von der örtlichen Polizeibehörde ausgestattet werden können. Wir halten die Genehmigung nicht für ein Privileg. W. Jellinek [28]) selbst weist auf die Gründe hin: Gebundenheit der Genehmigungserteilung, Stellung der Ermächtigung für die Uebertragung von Polizeibefugnissen auf den Unternehmer nicht im Gesetz, sondern in der Ausführungsanweisung. Zugegeben wird, daß der Ausdruck „Genehmigung" im Kleinbahngesetz nichts Entscheidendes zu unserer Frage zu sagen hat, ebenso wie die Verhandlun-

---

17) Troitzsch, Die Polizeipflicht in polit. bewegten Zeiten, S. 30.

18) Darüber, daß man sie früher als einen Vertrag auffaßte, s. Kormann, Syst. ... S. 40 u. Schelcher, Die rechtl. Natur ... S. 42.

19) Fritsch, Handb. ... S. 92 Nr. 6; vgl. Hein-Krüger a.a.O. S. 35, vor allem die Praxis des OVG 29, 401

20) Kayser im H. d. Staatsw. Bd. 5 S. 705 ff. Eger, Art. „Kleinbahn" im Wörterb. d. St. u. Vw.R. 2. Aufl. 1913 II. Bd. S. 578 ff.; W. Jellinek, Verw.R. S. 528, 529.

21) Die Entschädigung d. öff. Betriebsunternehmungen bei polizeil. verfügter Straßensperrung, in Egers Eisenbahnrechtl. Entsch. Bd. 20 S. 290 ff.

22) Die Rechte d. Unternehmers aus d. Kleinbahnkonz. Tüb. Diss. 09 S. 1 ff.

23) Verw.R. 3. Aufl. Bd. II S. 249.

24) a.a.O. S. 257 Anm. 2 S. 262 Anm. 11 u. ff.

25) a.a.O. Bd. II S. 35.

26) W. Jellinek, Verw.R. S. 529.

27) abgedr. bei Hein-Krüger, Komm. II Bd. 20 ff.

28) Verw.R. S. 529.

gen bei der Beratung der Gesetzentwürfe [29]). Immerhin geben diese einige Anhaltspunkte. Wir möchten damit also auch anders als Fleischmann [30]) einen wertmäßigen, und nicht nur einen rein gradmäßigen Unterschied zwischen Großbahn und Kleinbahn sehen, besonders in Rücksicht auf die heutigen Verhältnisse, die zwar nichts an etwa zwingenden Sätzen früherer Gesetze ändern können, aber doch wesentlich für die Auslegung sind. Schließlich wird auch ein Teil der Gründe, die Fleiner [31]) anführt: Betriebspflicht [32]), Anschlußpflicht usw. dadurch widerlegt, daß die Betriebspflicht sich keineswegs von selbst aus der Konzession ergibt, sondern nur wieder nach § 11, I der schon erwähnten Ausführungsanweisung in der Regel auferlegt werden soll [33]); und die möglichen anderen Pflichten (Anschlußpflicht § 28 Klb.Ges., Verkaufspflicht § 30 Klb.Ges.) sind nicht ausschlaggebend für das Vorliegen eines Privilegs, einer Verleihung.

Diese Stellung entspricht auch der Ansicht der obersten Gerichte. Ganz eindeutig entscheidet sich das OVG in verschiedenen Fällen. Es stellt fest [34]), der polizeiliche Charakter der Genehmigung trete deutlich zutage und beruft sich dabei vor allem auch auf die Entstehungsgeschichte des Kleinbahngesetzes, die allerdings von Lehmann [35]) für den gegenteiligen Standpunkt in Anspruch genommen wird. Indessen sind seine Angaben gegenüber den Stellen der Entwürfe, die ausdrücklich von der Genehmigung als einer polizeilichen Erlaubnis sprechen, nicht durchschlagend. Die Rechtsprechung jedenfalls ist im Gegensatz zu der Zeit, aus der die Schrift Lehmanns herrührt, keine schwankende mehr [36]), sondern eine durchaus feste, und zwar i. S. der Bejahung des polizeilichen Charakters. Erwähnt mag noch werden die Entscheidung des OVG im 83. Bande, S. 385; hier wird auf die herrschende Ansicht hingewiesen, die in der Genehmigung einer Kleinbahn nicht wie in der Verleihung der Rechte zur Begründung eines Eisenbahnunternehmens auf Grund des § 4 des Gesetzes über die Eisenbahnunternehmungen vom 3. 11. 1838, die zugleich das Enteignungsrecht umfasse, ein Privilegium, sondern einen obrigkeitlichen Akt polizeilicher Natur sehe. Wenngleich nicht unbedeutende Schriftsteller [37]) die Meinung vertreten, die Kleinbahngenehmigung sei ein Privilegium, die Verleihung besonderer Rechte, also mehr als eine bloße polizeiliche Erlaubnis, muß in der Tat die gegenteilige Auffassung als die herrschende angesehen werden.

Auch das Reichsgericht hat die Kleinbahngenehmigung als eine landespolizeiliche Verfügung aufgefaßt [38]). Einigen Zweifel an der klaren Stellung des Reichsgerichts läßt eine neuere Entscheidung [39]) aufkommen,

29) dazu Lehmann a.a.O. S. 4 ff.
30) a.a.O. S. 291.
31) Institutionen S. 382, 348.
32) auch Otto Mayer a.a.O. S. 255 hält es für ein Wesensmerkmal der Konzession, daß der Beliehene verpflichtet wird, das öffentliche Unternehmen auf seine Kosten ins Werk zu setzen und zu betreiben.
33) Hein-Krüger a.a.O. S. 31.
34) OVG 29, 401, bes. 404.
35) Die Rechte des Unternehmers aus der Kleinbahnkonzession, S. 6 ff.
36) wie Lehmann a.a.O. S. 1 ausführt.
37) z. B. W. Jellinek a.a.O.; Fleiner a.a.O. S. 382.
38) RG 91, 176; 62, 131.
39) RG 126, 93 ff., insbes. S. 94.

in der zwar eine Untersuchung darüber, welche Rechtsnatur der Genehmigung auf Grund des Kleinbahngesetzes im allgemeinen zukommt, nicht angestellt wird, aber immerhin die Möglichkeit offen gelassen wird, daß die Genehmigung sich darstelle als die auf die Eisenbahnhoheit gestützte staatliche Verleihung eines Rechts. Doch kann darin noch keine Änderung der Ansicht über die Natur der Kleinbahnkonzession gesehen werden. Es handelt sich bei dieser danach um eine polizeiliche Erlaubnis, die zu einem Unternehmen berechtigt, eine Kleinbahn zu betreiben. Dieser genehmigte Betrieb unterliegt als solcher den Besonderheiten des Kleinbahngesetzes.

Eine solche Besonderheit für die Straßenbahn ist das besondere Aufsichtsrecht der Genehmigungsbehörden über den Betrieb [40]. Wer im einzelnen Fall Genehmigungsbehörde ist, ist aus § 3 Klb.Ges. ersichtlich. Danach kann es sein, daß unter Umständen Aufsichtspolizei über die Kleinbahnen und allgemeine Polizei hinsichtlich des Trägers zusammenfallen. Im übrigen wird aber scharf geschieden: für einen Verwaltungsakt, der einen Eingriff in den Betrieb der Kleinbahn zur Folge hat, ist stets die Zustimmung der Kleinbahnaufsichtsbehörde erforderlich. Dies ist gegenüber der Gewerbefreiheit und den polizeilichen Erlaubnissen, die auf Grund der Gewerbeordnung notwendig sind und von der Polizei verlangt werden können, insofern eine Besonderheit, als feststeht, daß durch die „Rechte" aus solchen Erlaubnissen die Polizei in ihren Befugnissen keineswegs beschnitten wird. Diese Rechte lassen vielmehr die polizeilichen Vorschriften, durch die die Ausübung einzelner Gewerbe beschränkt wird, unberührt [41]. Nur wenn die polizeilichen Maßnahmen im Ergebnis einer Beschränkung oder Behinderung der Zulassung zum Gewerbebetrieb gleichkommen, sind sie unzulässig. Im übrigen können sie zwar im einzelnen wirtschaftlich schädigend, aber doch rechtmäßig sein [42]. Bei der genehmigten Kleinbahn ist aber jede polizeiliche Maßnahme unzulässig, die ohne Zustimmung der Aufsichtsbehörde in den Betrieb eingreift. Daran, daß eine Straßensperre auf kürzere oder längere Zeit einen erheblichen Eingriff in den Betrieb der Straßenbahn zur Folge hat, kann kein Zweifel bestehen. Will die allgemeine Polizei also bei Ausübung ihrer Tätigkeit (§ 14 PVG) oder die Wegepolizei nach § 55 Zuständigkeitsgesetz die Straßen für den Verkehr der Straßenbahn sperren, so hat sie grundsätzlich vorher die Einwilligung der Genehmigungsbehörde einzuholen [43]. Nun ermächtigt der § 57 der Bau- und Betriebsvorschriften für Straßenbahnen mit Maschinenbetrieb vom 26. 9. 1906 [44] die Ortspolizeibehörden, den Betrieb bis zu 24 Stunden auch ohne Genehmigung der Aufsichtsbehörde zu untersagen, wenn aus Veranlassung von Festlichkeiten, öffentlichen Aufzügen usw. ein außerordentlicher Zusammenlauf oder Andrang von Menschen zu erwarten steht. Wenn diese Vorschrift auch nur für Straßenbahnen mit Maschinenbetrieb gilt, so muß man doch den Schluß ziehen, daß die Befugnis zum mindesten für den gleichen

40) § 22 Klb.Ges.
41) Landmann Bd. I S. 71, S. 91.
42) Vgl. Landmann a.a.O. S. 93.
43) Hein-Krüger, Komm. Bd. I S. 132; Fritsch, Eisenb.-Gesetzgebung S. 98 Anm. 41.
44) abgedr. bei Hein-Krüger a.a.O. Bd. II S. 112 ff.

Umfang auch den Pferdebahnen [45]) gegenüber besteht. Diese Möglichkeit der Betriebssperre scheint uns wiederum ein Beweis dafür zu sein, daß eine wirkliche Verleihung öffentlicher Rechte an ein öffentliches Unternehmen nicht vorliegt. Grundsätzlich hat man den Ortspolizeibehörden, soweit sie nicht selbst Genehmigungsbehörde sind, die polizeilichen Eingriffsmöglichkeiten in den Betrieb genommen und den Genehmigungsbehörden übertragen. Die Gründe dürften klar sein: Man wollte sowohl die Überwachung bei der Errichtung einer Kleinbahn wie auch die Durchführung des Betriebs in einer Hand behalten, was sich wiederum aus der Wichtigkeit dieser Verkehrsunternehmen einerseits und der Bedeutung eines Eingriffs in den Betrieb andererseits erklärt. Daß mitunter Betriebssperren aus polizeilichen Günden erforderlich sind, bedarf keiner näheren Ausführung [46]). Und so bedeutet die Ermächtigung der Ortspolizeibehörde durch den § 57 der Bau- und Betriebsordnung nur eine Freistellung von der im übrigen bei Eingriffen in den Betrieb erforderlichen Zustimmung der Aufsichtsbehörden. Nicht scheint es uns daher zutreffend zu sein, wenn man gerade diese Vorschrift für die gegenteilige Behauptung in Anspruch nehmen würde, daß nämlich diese Bestimmung eben als Besonderheit gerade die weiten Rechte des Konzessionärs beweise, gegen den im übrigen die Ortspolizeibehörde nicht betriebshindernd einschreiten dürfe.

Zweiter Abschnitt: Die öffentlichen Aufzüge.

§ 3: Die öffentlichen Aufzüge und ihre Berechtigung.

Die Rechtmäßigkeit der Veranstaltung eines Aufzuges war schon vor der Weimarer RV. durch das Reichsvereinsgesetz begründet und ist in Art. 123 RV. verankert worden. Daß Aufzüge zu den Versammlungen unter freiem Himmel gehören, ist fast allgemein anerkannt. Sie werden „versammlungspolizeilich behandelt wie eine Versammlung unter freiem Himmel, ohne Unterschied, ob die allgemeinen Begriffsmerkmale auf sie zutreffen oder nicht" [1]). Sie sind „gewissermaßen umherziehende Versammlungen" [2]). Nähere Einzelheiten haben hier keine Bedeutung. Wesentlich ist, daß die Aufzüge in dieser Eigenschaft als „umherziehende Versammlungen" den Schutz des Art. 123, I RV. genießen. Die auf Grund des Art. 48 II RV. in den letzten Jahren erlassenen Beschränkungen dieses „Grundrechts" sind durch Verordnung vom 19. 12. 1932 [3]) in § 1, Abschnitt I aufgehoben. Welche weite Kraft dieser Versammlungsfreiheit beigemessen wird, lehrt ein Blick in den Aufsatz von Delius [4]). Auf diese Feststellung ist die Tatsache ohne Einfluß, daß infolge der Verbote vieler Vereine und besonders der politischen Parteien diese nicht mehr auf der Straße erscheinen.

45) Pferdebahnen gibt es in Deutschland nicht mehr, wie in § 1 ausgeführt wurde.
46) Vgl. hierzu Hein-Krüger a.a.O. Bd. I S. 132.
1) Anschütz, Komm. § 123 Anm. 1.
2) RG v. 17. 11. 1924 in der JW 1925 S. 987.
3) RGBl. I S. 548.
4) Art. 123 u. Art. 124 RV. in Nipperdeys Komm. zum II. Teil der RV., II. Bd. S. 150.

Und ebenso einflußlos ist die in § 1 der VO des Reichspräsidenten zum Schutze von Volk und Staat vom 28. Februar 1933 [5]) erfolgte vorläufige Außerkraftsetzung des Art. 123 RV. Denn diese Außerkraftsetzung ist zweckbedingt, wie aus der Einleitung zu diesem Gesetz und auch aus der Nummer 1 des Erlasses des preußischen Ministers des Inneren vom 3. 3. 1933 [6]), wo es gelegentlich der Beseitigung auch anderer Schranken heißt: „... soweit es zur Erreichung des mit der Verordnung erstrebten Zieles zweckmäßig und erforderlich ist". Alle diese Verordnungen und Erlasse geben dem Staate und den vollziehenden Organen sehr weitgehende Rechte, legen ihm aber auch Pflichten auf, das gesteckte Ziel zu verfolgen, also nicht willkürlich die verliehene Macht zu mißbrauchen. Keineswegs aber werden öffentliche Aufzüge dadurch an sich gesetzwidrig oder auch nur in ihren früheren Rechten gegenüber dem anderen Verkehr geschmälert.

Ebenso rechtmäßig ist aber auch der Verkehr der Straßenbahnen. Diesen wird von OVG [7]) sogar ein gewisses „Sonderrecht" zugestanden, das durch die Genehmigung begründet sein soll. Diese Auffassung enthält keinen Widerspruch zu der unsrigen, denn auch das OVG [8]) führt aus, daß, wenn das Zusammenwirken des allgemeinen und des Straßenbahnverkehrs eine gefahrvolle Lage geschaffen habe, dann nicht der allgemeine Verkehr dem Straßenbahnverkehr vollkommen weichen müsse, denn, so fügen wir hinzu, die Konzession gibt kein so geartetes Sonderrecht. Man könnte hier einsetzen und behaupten, es gehe nicht um Straßenbahn- und allgemeinen Verkehr, sondern durch den Aufzug werde die Straße über den allgemeinen Verkehr hinaus beansprucht. Diese Ansicht wäre irrig. Aufzüge gehören unserer Ansicht nach zum Allgemeingebrauch. Sie sind nicht selten, und es ist nicht einzusehen, daß die Straße gewöhnlich nur von einzelgehenden Menschen benutzt werden soll.

Dritter Abschnitt: Der Ersatzanspruch.

§ 4: Rechtmäßigkeit und Rechtswidrigkeit der Sperre.

Die große Zweiteilung aller Anspruchsgründe gegen den Staat oder die von ihm abgeleiteten Verbände, die bei Tätigwerden in der dem Staat eigentümlichen Eigenschaft als Träger öffentlicher Gewalt, als dem Einzelnen Übergeordneter möglich sind, ist die: Entweder es wird versucht, trotz Anerkennung des staatlichen Aktes als rechtmäßig den durch diesen angerichteten Schaden zurückzubekommen, oder es wird behauptet, der schädigende „Staatsakt" verletze das Recht und verpflichte die für den gerade Tätigwerdenden verantwortliche öffentlich-rechtliche Person zum Schadensersatz [1]). Während der Anspruch bei rechtswidrigem Staatsakt sich stets

---

5) RGBl. I S. 83.

6) MBliV I S. 233, abgedr. auch in Hoche: Die Gesetzgebung des Kabinetts Hitler, Heft 1 S. 238.

7) OVG Bd. 83 S. 386 ff.

8) OVG a.a.O.

1) Kritisch gegenüber dieser Zweiteilung Otto Mayer, Entschäd. Pflicht d. Staates nach Billigkeitsrecht S. 9, aber ohne Gründe.

auf Art. 131 RV in Verbindung mit § 839 BGB stützt[2]), ist die Begründung eines Ersatzanspruchs bei rechtmäßiger Handhabung der Staatsgewalt dann, wenn einzelgesetzliche Grundlagen fehlen, insofern um vieles schwieriger, als die Frage nach einem allgemeinen öffentlich-rechtlichen Entschädigungsanspruch auftaucht, eine umstrittene und ungeklärte Angelegenheit.

Nichts ändert an dieser Zweiteilung, daß neuerdings ein dritter besonderer Grund für eine öffentlich-rechtliche Entschädigung untersucht wird, nämlich der schuldlos rechtswidrige Verwaltungsakt[3]), denn er ist eine Erscheinungsform des rechtswidrigen „Staats"aktes. Die große Zweiteilung ist auch für das hier zu behandelnde Problem von entscheidender Bedeutung, insofern, als die Voraussetzungen beider Hauptgründe vollständig voneinander abweichen.

Kommt nun für die Straßenbahn die Möglichkeit in Frage, ihren Anspruch auf Art. 131 RV (§ 839 BGB) zu stützen, kann sie sich auf die Rechtswidrigkeit der Betriebssperre berufen? Denn dies ist die erste Voraussetzung des sich aus diesen Vorschriften ergebenden Entschädigungsanspruchs. Ist sie vorhanden, dann scheiden Ansprüche aus rechtmäßigen Akten aus, denn derselbe Akt kann nicht zugleich rechtswidrig und rechtmäßig sein. Ob der Verwaltungsakt der Betriebssperre rechtmäßig oder rechtswidrig war, dafür scheint uns sehr wesentlich die rechtliche Natur der Kleinbahngenehmigung zu sein; denn es ist unsere Meinung, daß, wenn die Straßenbahngenehmigung eine echte Verleihung besonderer Rechte wäre, die Polizei bei Veranstaltung eines Aufzuges nicht den Betrieb der Straßenbahn sperren kann; denn sie selbst hätte der Straßenbahn ein besonderes Recht auf Ausübung ihres Betriebes gegeben. Dann wäre auch, folgerichtig gedacht, die Bestimmung des § 57 der erwähnten Bau- und Betriebsordnung ungültig, denn § 55 Klb.Ges. betraut die Minister der öffentlichen Arbeiten und des Innern nur mit Ausführung des Kleinbahngesetzes, und der Minister könnte nicht in Ausführung dieses Gesetzes, wenn es dem genehmigten Kleinbahnbetrieb ein Sonderrecht gegenüber dem allgemeinen Verkehr gäbe, die Ortspolizeibehörden ermächtigen, den Betrieb bis zu 24 Stunden bei Veranstaltung eines Aufzuges zu untersagen; denn worin sollten sonst die Sonderrechte bestehen? Man könnte sich die „Einwände" seitens des Straßenbahnunternehmens sehr gut vorstellen: „Es ist doch ganz unmöglich, daß wir die Sicherheit gefährden, wenn wir unser uns von der Polizei als Genehmigungsbehörde zugestandenes besonderes subjektives Recht ausüben. Wir können doch nicht als Störer in Betracht kommen, wenn wir uns im Rahmen unserer Rechte bewegen. Es hat doch nicht in der Konzession geheißen: „Ihr dürft eure Bahn nur betreiben, wenn kein Aufzug, wenn kein allzu großer Verkehr in den Straßen herrscht". Ihr dürft unseren Betrieb deshalb nicht je nach Bedarf untersagen." Überzeu-

---

2) Das RG hat in Bd. 102 S. 166 den Art. 131 RV. als unmittelbaren und alleinigen Rechtsgrund betrachtet. Insofern sind also auch die landesgesetzlichen Vorschriften über die Staatshaftung beseitigt.

3) s. darüber die Lehrbücher des Verwaltungsrechts und besonders Tschaksch: Die öffentl.-rechtl. Entschädigung bei schuldlos rechtswidrigen Verwaltungsakten. Marburger Diss. 1931.

gend hat das, wenn auch nicht im einzelnen für das Straßenbahnrecht, Scholz-Forni [4]) dargetan, wenn er sagt [5]): „Freilich muß jede Art der Benutzung, die ausdrücklich gestattet ist, oder die doch, weil das Recht sonst nicht ausgeübt werden könnte, zu seinem selbstverständlichen Inhalt gehört, unter allen Umständen als erlaubt gelten. Derartige Handlungen dürfen also nicht untersagt werden, auch wenn sie Gefahren hervorrufen, sondern den Gefahren ist auf andere Weise vorzubeugen" [6]). Ist der Straßenbahn die Betriebserlaubnis als Konzession verliehen, so liegt u. E. genau dieser Sachverhalt vor, weil die Straßenbahn sich bei ihrem Verkehr in den Straßen nur im Rahmen der ihr verliehenen Rechte bewegt. Das steht nicht im Widerspruch mit den erwähnten Sondernutzungsrechten an der Straße, die für das Einbauen der Schienen usw. erforderlich sind, und von dem Wegeeigentümer wie von der Wegepolizei eingeholt werden müssen und zu scheiden sind von dem Sonderrecht auf die Ausübung des Betriebs, das durch das etwa vorhandene Privileg gegenüber der allgemeinen und Aufsichtspolizei begründet ist.

Wir glauben dargetan zu haben, daß die Straßenbahngenehmigung nicht die Verleihung besonderer Rechte zum Gegenstand hat. Bei dieser Rechtslage kann aber ein Anspruch wegen einer rechtswidrigen Verwaltungsmaßnahme auch nicht darauf gestützt werden, daß ein Ermessensmißbrauch vorliegt. Es ist fraglich, wie weit das etwa angegangene Gericht dieses Vorgehn überhaupt zu prüfen hätte. Denn dagegen spricht die Vermutung für die Gültigkeit der Verwaltungsakte. Nur falls die Straßenbahn nachweisen kann, daß offenbare Willkür vorliegt, müßte ihr das Gericht Gehör schenken. Aber zu der Annahme, daß die Polizei bei ihrem Vorgehen gerade gegen die Straßenbahn und nicht gegen den Festzug die äußersten Grenzen des freien Ermessens verletzt habe, berechtigt im allgemeinen nicht schon allein die Tatsache, daß eben die Straßenbahn und nicht der Aufzug mit einer Verfügung bedacht worden ist. Im Gegenteil! Es besteht die Möglichkeit, daß die Polizei bei der Entscheidung darüber, welche der Gefahrenquellen sie „verstopfen" soll, den besten Gebrauch von dem ihr überlassenen freien Spielraum eigenen Ermessens macht. Sie kann dabei auf die vaterländischen, religiösen oder sonstigen Belange der an dem Aufzug teilnehmenden Bevölkerung höher einschätzen als die rein wirtschaftlichen des Verkehrsunternehmens oder die Bequemlichkeitsbelange bestimmter Anwohner.

In Anbetracht der Feststellung, daß Ansprüche wegen objektiver Rechtswidrigkeit des die Betriebssperre anordnenden Verwaltungsaktes nicht gegeben sind, erübrigt sich auch die nähere Untersuchung darüber, welche anderen Voraussetzungen außerdem noch für den Ersatzanspruch vorhanden sein müssen, und vor allem ein Eingehen auf die Frage, wie weit auch bei Fehlen jeder Schuld im Einzelfall eine Entschädigungsforderung durchdringt. Unsere Aufgabe soll es vielmehr sein, die Rechtslage hinsicht-

---

4) Über die Verantwortlichkeit ... Verw.Arch. Bd. 30 S. 11 ff., 244 ff.
5) a.a.O. S. 268.
6) s. auch Friedrichs, Kommentar S. 137. „Verantwortlich ist nicht, der innerhalb der gesetzlichen Grenzen sein besonderes Recht ausübt", wobei aber wiederum die gesetzl. Grenzen festzulegen sind.

lich des Entschädigungsanspruchs bei Rechtmäßigkeit der Betriebssperre im einzelnen zu betrachten.

§ 5: Ersatzansprüche bei Rechtmäßigkeit der Sperre.

Denn wenn auch ein Eingriff der Polizei als Hoheitsträger in den Rechtskreis der einzelnen Glieder des Staates rechtmäßig ist, so bedeutet das doch nicht zugleich, daß der im Einzelfall davon Betroffene und Geschädigte in allen Fällen den dadurch entstandenen Schaden endgültig zu tragen hat. In vielen Fällen hat der Staat selbst einen Entschädigungsanspruch gesetzlich festgelegt, und von manchen Schriftstellern ist er im Anschluß an die Entwicklung des Rechtsstaates und des öffentlichen Rechts überhaupt unter bestimmten Voraussetzungen auch als allgemeingültiges Recht hingestellt worden.

Suchen wir nach einem ausdrücklichen einzelgesetzlichen Entschädigungsanspruch, so müssen wir feststellen, daß ein solcher im Kleinbahngesetz nicht gegeben ist. Obwohl der Minister in den Ausführungsvorschriften (Bau- und Betriebsvorschrift für Straßenbahnen) [7]) auch die Ortspolizeibehörden ausdrücklich instand gesetzt hat, unter gewissen Voraussetzungen den Kleinbahnbetrieb zu untersagen [8]), hat er, obwohl doch Gelegenheit dazu gewesen wäre, einen Entschädigungsanspruch nicht erwähnt, ein Umstand, der immerhin zu denken gibt, besonders da an anderer Stelle, wo es sich ebenfalls um einen, wenn auch entscheidenden Eingriff handelt (§ 30 Klb.Ges.), ein solche Entschädigungspflicht ausdrücklich festgelegt ist. Aber es mag zugegeben werden, daß aus dieser Erwägung heraus keine endgültige Entscheidung gegen den Anspruch getroffen werden kann. Man kann dagegen anführen, daß diese Entschädigungsfrage gar nicht in das Gebiet, das durch das Kleinbahngesetz zu regeln war, hineingehört, sondern daß es dabei um rein polizeiliche Dinge gehe. Dann hätten wir an das ganze Problem gleichsam von der anderen Seite, nicht von der des Geschädigten, sondern von der des „Schädigers", also der Polizei, heranzugehen.

§ 6: Ansprüche aus Art. 153 II RV.

Zuvor muß jedoch noch eine Bestimmung gedacht werden, die vielfach zur Begründung eines Ersatzanspruchs gegen den Staat herangezogen wird, nämlich des Art. 153 II RV.

Die Erörterung hierüber wird u. E. nicht deshalb wertlos, weil § 1 der VO des Reichspräsidenten zum Schutze von Volk und Staat vom 28. 2. 1933 neben anderen Bestimmungen auch den Art. 153 RV. außer Kraft setzt. Denn aus dem Nachsatz: „Es sind daher ... Beschränkungen auch außerhalb der sonst hierfür bestimmten gesetzlichen Grenzen zulässig" geht deutlich hervor, daß das Eigentum als Rechtseinrichtung unangetastet bleiben soll, was noch erhärtet wird durch die Ansprache des Reichskanzlers Adolf Hitler vom 17. 5. 1933, in der die Rede ist von der Erhaltung des

7) abgedr. bei Hein-Krüger a.a.O. Bd. II S. 112.
8) § 57 a.a.O.

Begriffes „Eigentum" als der Grundlage unserer Kultur [9]). Ebensowenig wird die Arbeit durch die Meinung hinfällig, die Weimarer Verfassung gelte überhaupt nicht mehr, sofern nicht ihre Bestimmungen in das neue Staatsrecht übernomen seien [10]).

Hätten wir noch den alten Enteignungsbegriff, dächten wir heute noch, wenn von Enteignung die Rede wäre, an die „klassische" Enteignung, wäre freilich eine Erörterung darüber überflüssig. Bei der außerordentlichen Wandlung dieses Enteignungsbegriffs ist sie aber notwendig. Es kann allerdings nicht auf eine ins Einzelne gehende Untersuchung aller bei Art. 153 auftauchenden Fragen Wert gelegt werden, sondern wir haben dort anzusetzen, wo Berührungspunkte mit dem hier zu behandelnden Entschädigungsanspruch vorhanden sind, wo also eine Antwort auf die Frage nach dem Verhältnis zwischen dem Anspruch aus Art. 153 II und aus den noch zu besprechenden spezialgesetzlichen Vorschriften zu finden ist. Was den Stand der verschiedenen Meinungen und Theorien betreffs Art. 153 RV. anbetrifft, so sei verwiesen auf Anschütz [11]). Die Wandlung des Enteignungsbegriffs ist eine umfassende in dem Sinne einer enormen Ausdehnung der Enteignungstatbestände und damit auch der Entschädigungspflicht. In Bezug auf das Enteignungsobjekt wird es als die herrschende Meinung angesehen, daß Eigentum i. S. des Art. 153 RV. jedes private Vermögensrecht sei [12]). Insbesondere vertritt diese Ansicht das Reichsgericht [13]) und auch das pr. Oberverwaltungsgericht [14]). Über das eigenartige Entstehen dieser feststehenden Rechtsprechung vergl. Neuhoff [15]), der in der ablehenden Kritik allerdings sehr weit geht. Ihm gegenüber sind die Gesichtspunkte beachtlich, die Majer [16]) anführt, der sich besonders dagegen wehrt, daß man in dem Eigentumsbegriff der Reichsverfassung technisches Spezialrecht zu suchen habe. Einig ist man sich aber im allgemeinen darüber, daß Art. 153 RV. nichts mit den subjektiven öffentlichen Rechten zu tun habe. Je nachdem man nun das Betriebsrecht der Straßenbahn als privates Recht oder als subjektives öffentliches Recht auffaßt, kommt man schon jetzt zu einer Ausschaltung des Art. 153 RV. Sieht man in dem Betriebsrecht, zu vergleichen einem Gewerbebetrieb, auch oder nur ein subjektives privates Recht, so fragt es sich weiterhin, ob in dem Polizeieingriff eine Enteignung liegt. Daß auch Gesetze Enteignungscharakter i. S. des Art. 153 II RV. haben können, interessiert hier nicht. Wann aber ist die Verwaltungsmaßnahme eine Enteignung?. Es gibt darüber verschiedene Theorien [17]). Als die wichtigsten seien genannt: die Übereignungstheorie und als deren hauptsäch-

---

9) zit. nach der DAZ v. 18. 5. 1933 Nr. 230, 2. Beibl., s. auch Majer, Enteignung und Eigentumsaufopferung, Tübinger Diss. 1933 S. 10.

10) C. Schmitt, „Deutsches Recht" 1934, 2. Heft S. 27; „Die Weimarer Verfassung gilt nicht mehr."

11) Komm. 14. Aufl. S. 703 ff.

12) Anschütz, Komm. S. 705.

13) RG. 129, S. 248.

14) OVG. 81 S. 201, 202.

15) R. Neuhoff: Bedeutung und Tragweite des Art. 153 RV. nach der Rspr. des RG. Marburger Diss. 1930 S. 36 f.

16) a.a.O. S. 14 f.

17) s. bei Anschütz, Komm. S. 712 ff.

lichen Vertreter: M. Wolff[18]) und Carl Schmitt[19]). Was diese Ansicht besagt, geht zur Genüge aus ihrem Namen hervor; in erweitertem Rahmen wird sie noch besser „Überführungstheorie" genannt[20]). Daneben stehen u. a. die Schutzwürdigkeitstheorie[21]) und die Einzeleingriffs-, die Einzelaktstheorie[22]). Die letzte verdankt wohl ihre Entstehung besonders auch der Schwierigkeit, die bei Anerkennung der Tatsache, daß auch Gesetze Enteignungscharakter i. S. von Art. 153 RV. haben können, in der Richtung entstehen, diese Enteignungsgesetze von solchen abzugrenzen, die nur den Inhalt und die Schranken des Eigentums i. S. von Art. 153 I RV. bestimmen, also keine Entschädigungspflicht nach sich ziehen. Nach dieser Theorie soll Enteignung jeder Einzeleingriff sein, der bestimmte Personen oder verhältnismäßig eng umgrenzte Personenkreise mit besonderen Opfern zugunsten der Allgemeinheit belastet. Auch die Schutzwürdigkeitstheorie verwendet den Gedanken des Einzeleingriffs, will darüber hinaus aber eine noch genauere Abgrenzung zwischen dem, was eigentumsbestimmend und -begrenzend, und dem, was enteignend ist, durch die Heranziehung der Geschichte des Sprachgebrauchs, allgemeiner Anschauungen und der Gesetzesandeutungen ermöglichen[23]), eine Lehre, die, wie treffend von ihr gesagt worden ist, dem richterlichen Ermessen einen zu großen Spielraum läßt[24]) und keineswegs geeigneter ist als die Einzelaktstheorie, die Grenzen zwischen dem unbedingt schutzwürdigen und dem begrenzbaren Eigentum zu ziehen. Von großer Bedeutung ist gerade für die Frage, wann ein Gesetzgebungs- und ein Verwaltungsakt eine Enteignung sei, die Rechtsprechung der obersten Gerichte gewesen. Betrachtet man die einschlägigen Entscheidungen des Reichsgerichts, so gewinnt man den Eindruck der Uneinheitlichkeit. Grundsätzlich wird ein Einzeleingriff (durch Gesetz oder Verwaltungsakt) verlangt, der nur einzelne oder doch nur einen engeren Kreis von Personen belastet, also ganz im Sinne der Einzelaktstheorie[25]). Man hat die Praxis des Reichsgerichts und anderer hoher Gerichte[26]) denn auch für diese Einzelaktstheorie in Anspruch genommen. Das, was die Einzeleingriffstheorie aber von anderen Meinungen unterscheidet, ist die Ansicht, ein solcher Einzeleingriff sei das alleinige Wesensmerkmal der Enteignung. Und auch hier beruft man sich auf das Reichsgericht, mit Recht aber nur auf einzelne Entscheidungen, in denen allerdings klar zum Ausdruck kommt, daß eine Rechtsübertragung nicht zum Enteignungsbegriff gehöre[27]), daß eine Überführung des enteigneten Rechts in das Vermögen des Enteignenden nicht erforderlich sei[28]), oder daß die Auferle-

18) M. Wolff, Sachenrecht 1932 (bei Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrb. d. Bürg. Rechts, 1932) S. 196 Anm. 9c. und bei Majer a.a.O. S. 18 ff.
19) C. Schmitt in der JW 1929 S. 496.
20) Majer a.a.O. S. 28, 29, 35.
21) W. Jellinek, Verw.R. S. 413.
22) Anschütz a.a.O.
23) W. Jellinek, Verw.R. S. 413.
24) Anschütz, Komm. S. 713.
25) RG. 129, S. 146; 132 S. 69.
26) Bayerisches OLG in DJZ Bd. 35 S. 1400.
27) z. B. RG 129 S. 146.
28) RG 132 S. 72.

gung eines besonderen Opfers zugunsten der Allgemeinheit genüge[29]. Diese eindeutige Stellung wird nicht durch die Kritik Majers[30]) beeinträchtigt, wenn er die Aufmerksamkeit darauf lenken will, daß die entsprechenden Bemerkungen des Rechsgerichts keine Grundlage für die einzelnen Entscheidungen bildeten, deshalb also weniger wichtig sein könnten. Uneinheitlich aber erscheint die Stellungnahme des Reichsgerichts, wenn es im Bd. 139 S. 177 die entscheidende Frage nach der Notwendigkeit der Überführung des Enteignungsgegenstandes in das Vermögen des durch die Enteignung Begünstigten offenläßt[31]) und gar unverständlich, wenn es in einer Entscheidung[32]) heißt, eine Verdrängung privater Herrschaft durch polizeiliche (in dem betreffenden Falle kirchenpolizeiliche) Gewalt sei keine Enteignung in dem von Art. 153, II RV. vorausgesetzten technischen Sinn, sondern ein solcher Eingriff in ein Privatrecht finde seine rechtliche Grundlage in den §§ 74, 75 E.ALR., deren fortdauernde Geltung neben Art. 153 RV. in der Rechtsprechung des Reichsgerichts anerkannt sei. Mit der Einzelaktstheorie ist diese Ansicht keineswegs zu vereinbaren. Begründet wird sie weder vom Reichsgericht noch von Anschütz, einem der Hauptvertreter der Einzelaktstheorie, der diese Meinung des Reichsgerichts wiedergibt und die Ungenauigkeit noch vergrößert, wenn er sagt, im allgemeinen sei die Verdrängung privater Herrschaft durch polizeiliche Gewalt keine Enteignung. Diese Haltung setzt sich dem Vorwurf der Folgewidrigkeit aus. Wenn wirklich jeder Einzeleingriff, der besondere Opfer auferlegt, — gleich, ob zugunsten eines bestimmten andern oder der Allgemeinheit — Enteignung wäre, so wäre die Folgerung daraus, daß § 75 E. ALR. — an dem das Reichsgericht nach wie vor festhält — hinfällig wäre. Diese Meinung ist wohl bisher nicht geäußert worden; aber hinsichtlich der landesrechtlichen Bestimmung müßte man danach ebenso wie Furler[33]) der Ansicht sein, daß für besondere landesrechtliche Entschädigungsansprüche wegen hoheitsrechtlicher schädigender Einzelakte kein Raum mehr ist, besonders, wenn behauptet wird, gemäß Art. 13, I RV. sei sowohl mit dem Reichsrecht übereinstimmendes wie entgegenstehendes Landesrecht aufgehoben[34]). Will man jedoch diesen landesrechtlichen Bestimmungen noch Geltungskraft zusprechen, so muß notgedrungen der Enteignungsbegriff der angeblich herrschenden Meinung unzureichend sein.

Es kann nicht genügen, daß für die Enteignung nur ein hoheitlicher Einzeleingriff erforderlich ist. So hat man dann auch versucht, darzulegen, daß selbst das Reichsgericht trotz der deutlichen Entscheidungen mehr verlange als nur einen Einzeleingriff, nämlich noch die Übertragung des enteigneten Rechts auf einen Begünstigten[35]). Aus den Entscheidungen im

---

29) RG 116 S. 271, 273 u. L.-S. „Die Rechtsprechung des StGH." Bd. II S. 72.
30) Majer a.a.O. S. 24.
31) RG. 139 S. 177, bes. S. 182.
32) RG. 118 S. 22.
33) Furler: Verw.Arch. 33 S. 405/06.
34) Anschütz aa.O. S. 103/04.
35) Majer a.a.O. S. 29.

129.[36]) und 132.[37]) Bande kann ein derartiges Mehr-Erfordernis u. E. nicht geschlossen werden; aber die Kirchenstuhlentscheidung im 118. Bd.[38]), in der einem Polizeiakt, der private Rechte verdrängt, der Enteignungscharakter abgesprochen wird, kann gar nicht anders verstanden werden, als daß ein Einzeleingriff allein für die Enteignung nicht ausreicht. Oder sollte gerade das Polizeirecht hier eine Sonderstellung einnehmen, eine Möglichkeit, die sich vielleicht gewohnheitsrechtlich entwickeln könnte, aber bis jetzt nicht entwickelt hat?

Wir können daher dieser Einzelaktionstheorie in ihrer prägnanten Form nicht folgen. Sie ist zwar geeignet, ein Tatbestandsmerkmal zu bieten, ohne dessen Vorhandensein ein hoheitlicher Akt niemals Enteignung sein kann, und grenzt dadurch insbesondere bei Gesetzen solche enteignender und nur eigentumsbestimmender Natur voneinander ab. Nach ihr ist daher in jeder Enteignungsuntersuchung zuerst zu fragen, ob der Einzeleingriff gewisse Personen besonders oder „nur" die Allgemeinheit treffen soll. Ist das letzte der Fall, so liegt eine Enteignung nicht vor. Aber darüber hinaus muß i. S. der Überführungstheorie verlangt werden, daß eine Überführung des enteigneten Rechts geschieht. Überführung ist nun allerdings etwas juristisch Farbloses. Hier wird der Ausdruck aber absichtlich gebraucht, um damit zu betonen, daß die Rechtsform der Überführung des enteigneten Rechts in das Vermögen des Begünstigten nicht von Belang ist, daß aber das Vorhandensein eines Begünstigten notwendig ist. Es sollen dabei nicht die noch verbleibenden Schwierigkeiten verkannt werden. Grundsätzlich halten wir in diesem Punkte die Ausführungen Majers für sehr einleuchtend, der, nachdem er das dynamische und soziale Wesen des Eigentums betont hat[39]), zu dem Ergebnis gelangt, daß von Enteignung dann nicht gesprochen werden kann, wenn zwar ein Einzeleingriff vorliegt, dieser aber nur das soziale Wesen, nur die „Radizierung" des Eigentums auf die Gesamtheit hervorhebt[40])[41]). Die Fehlerhaftigkeit dieser Meinung ist jedenfalls nicht von den Verfechtern der Einzelaktionstheorie nachgewiesen worden. Worauf begründen diese die Behauptung, die Verdrängung privater Herrschaft durch die Polizei sei keine Enteignung? Oder mit welchem Recht erklärt dann das Reichsgericht, es sei unbestritten, daß die §§ 74, 75 E.ALR. noch gelten? Man müßte bei folgerichtiger Durchführung der Einzeleingriffstheorie, die jedem solchen Einzeleingriff, der nicht nur dem Eigentum von Natur aus innewohnende Schranken zur Geltung bringt, einen Entschädigungsanspruch nach Art. 153, II RV. folgen läßt, sogar dazu kommen, die §§ 70 ff. pr.PVG. als Landesrecht gegenüber der Reichsverfassungsvorschrift als unwirksam zu erklären, denn dort handelt es sich doch im höchsten Maß um einen Einzeleingriff. Diese Folgerung wird aber nirgends gezogen.

---

36) RG. 129, S. 146.
37) RG. 132 S. 72.
38) RG. 118 S. 22.
39) a.a.O. S. 22, 35 ff.
40) a.a.O. S. 32.
41) s. Bredt: Der Geist der Weimarer RV., S. 304.

Die vorstehende Übersicht über die Enteignungslehre mag dartun, daß es im Hinblick auf die Einzeleingriffstheorie nicht ganz abwegig erscheint, für die schädigende rechtmäßige Polizeiverfügung der Betriebssperre eines Straßenbahnunternehmens einen Anspruch aus Art. 153, II RV. herzuleiten, wenn er auch von den Vertretern der genannten Lehre und vom Reichsgericht selbst — ohne jeden Versuch, diese Haltung zu begründen — abgelehnt wird.

Nach unserer Meinung gibt es Einzeleingriffe, die nicht Enteignungscharakter haben, weil sie nicht das enteignete „Rechtsgut" in das Vermögen eines anderen überführen, weil ihnen der nächste Zweck, „dem Begünstigten auf Kosten eines andern einen Vermögenszuwachs zu bringen" [42], fehlt. Das sind die Eingriffe, die zum Wohle der Allgemeinheit erfolgen; und hier haben die Landesgesetze Raum für eigene Regelung.

§ 7: Ansprüche aus dem Polizeiverwaltungsgesetz vom 1. 6. 1931.

Die Polizei wird ihre eingreifende und betriebssperrende Verfügung damit begründen, daß, wenn beide Teile, der Aufzug und die Straßenbahn, sich ungehemmt betätigen, eine erhebliche Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung zu befürchten sei. Sie stützt sich also außer auf § 57 der Bau- und Betriebsvorschriften für Straßenbahnen mit Maschinenbetrieb, der nur eine an sich durch § 22 Klb.Ges. errichtete Schranke wieder beseitigt, vor allem auf den § 14 PVG vom 1. 6. 1931 [43], nach welchem es Pflicht der Polizeibehörden ist, im Rahmen der geltenden Gesetze die nach pflichtmäßigem Ermessen notwendigen Maßnahmen zu treffen, um von der Allgemeinheit oder den Einzelnen Gefahren abzuwehren, durch die die öffentliche Sicherheit und Ordnung bedroht ist. Daß dieser Tatbestand im Einzelfall vorliegen kann, ist nicht zu bestreiten. Ob die Polizei hier auch als Wegepolizeibehörde nach § 55 Zuständigkeitsges. tätig wird, ist für die Ersatzfrage ohne Belang [44].

Nach § 18 PVG haben die Polizeibehörden die Maßnahmen, die durch das polizeiwidrige Verhalten von Personen oder den polizeiwidrigen Zustand von Sachen erforderlich werden, in erster Linie gegen die zu richten, die für das polizeimäßige Verhalten oder den polizeimäßigen Zustand verantwortlich (polizeipflichtig) sind. Es gibt also zwei Personengruppen, gegen die die Polizei auf Grund des § 14 PVG einschreiten kann: Polizeipflichtige und Nichtpolizeipflichtige. U. E. sind keine Fälle denkbar, in denen der auf Grund des § 14 PVG von der Polizei in Anspruch Genommene in einem anderen Verhältnis zur Polizei steht. Entweder ist das gefahrbringende Verhalten jemandes, oder der gefahrbringende Zustand seiner Sachen erlaubt und rechtmäßig gegenüber der Polizei, dann kann er nicht der in dieser Hinsicht Polizeipflichtige sein, ebenso wie in dem Falle, wo die Gefahr gar nicht von ihm ausgeht; oder er kann sich bei der durch

---

42) Triepel, Goldbilanzenverordnung ... S. 18.
43) Ges.S. S. 77.
44) s. dazu Germershausen, Wegerecht u. Wegeverwaltung in Preußen, S. 393/94 u. 398.

ihn (sein Verhalten, den Zustand seiner Sache) hervorgerufenen Gefahr nicht auf ein Recht dazu berufen, das auch gegen den Staat in seiner Eigenschaft als Hüter der Ordnung durchschlägt, dann erfüllt die Polizei nur ihre Pflicht gemäß den §§ 18, 19 PVG, wenn sie gegen ihn vorgeht.

Auch gegen hiernach nicht polizeipflichtige Personen kann die Polizei rechtmäßig Maßnahmen treffen, aber nur unter sehr erschwerten Umständen, die im § 21 PVG gesetzlich festgelegt sind. Wird die Polizei auf Grund dieser Vorschrift tätig, so muß der dadurch angerichtete Schaden von dem Träger der mittelbaren Polizeikosten nach §§ 70/71 PVG ersetzt werden. Daß die Voraussetzungen für das Eingreifen bei polizeilichem Notstand trotz der Entschädigungspflicht so genau umschrieben sind, hat u. E. zwei Gründe: Man wollte den Träger der Polizeikosten, also letzten Endes die Allgemeinheit, nicht mit allzu vielen Ersatzansprüchen der „Geschädigten" belasten, dann aber wurde auch das Interesse der Einzelnen berücksichtigt, denen durch diese polizeilichen Maßnahmen oft nicht oder nur mit großen Opfern wiedergutzumachender Schade entsteht.

Die Straßenbahn kann ihren Betriebsausfall danach von dem Träger der mittelbaren Polizeikosten zurückverlangen, wenn die Sperre auf Grund dieses polizeilichen Notstandes angeordnet wurde. Erste Voraussetzung dazu ist, daß eine Störung der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit bereits eingetreten ist, oder daß eine polizeiliche Gefahr unmittelbar bevorsteht. Regelmäßig wird nun die Anordnung der Sperre einige Zeit vor dem zu erwartenden Zusammentreffen zwischen der Straßenbahn und dem Aufzug erfolgen, sodaß schon das Merkmal „unmittelbar bevorstehend" nicht erfüllt ist und die Polizei alles versuchen muß, um, wenn die Straßenbahn hier als nicht polizeipflichtig in Betracht kommt, dieser Gefahr auf andere Weise als durch die Sperre der Straßen Herr zu werden. Aber wenn auch das Merkmal „unmittelbar bevorstehend" oder „bereits eingetreten" im Einzelfall vorhanden ist, so erhebt sich die andere große Frage, ob die Straßenbahn zu den Nichtpolizeipflichtigen gehört. Es ist notwendig, bei der Beantwortung wieder auf das zurückzukommen, was über die Beschaffenheit der Kleinbahngenehmigung gesagt wurde. Denn daraus ergibt sich zum wesentlichen Teil die Feststellung, daß die Straßenbahn polizeipflichtig ist. Wenn die Straßenbahnkonzession ein Privileg gegenüber dem allgemeinen Verkehr wäre, dann wäre es schlecht denkbar, daß der Straßenbahnverkehr bei Zusammentreffen mit einem Aufzug, der zwar sogar verfassungsrechtlichen Schutz[45]), aber dadurch keineswegs Sonderrechte gegenüber dem allgemeinen Verkehr (zu dem er selbst gehört) erhalten hat, Störer ist. Diese Ausführungen ergänzen das oben in § 4 über die Rechtmäßigkeit und Unrechtmäßigkeit der Sperre Gesagte: Bei Vorliegen eines Sondernutzungsrechts der Straßenbahn gegenüber dem allgemeinen Verkehr wäre die polizeiliche Verfügung rechtswidrig, weil die Straßenbahn in diesem Fall nicht Störer sein kann und weil — das ist das oben gewonnene Ergebnis — ein Fall des polizeilichen Notstandes gemäß § 21 PVG nicht vorliegt. Wir waren der Ansicht, ein solches Privileg, ein Vorrecht gegenüber dem all-

---

45) durch Art. 123 RV, der allerdings durch VO des Reichspräsidenten v. 28. 2. 1933 außer Kraft gesetzt worden ist.

gemeinen Straßenverkehr, sei nicht vorhanden. Auch die „konzessionierten" (mit polizeilicher Erlaubnis versehenen) Betriebe können ihre Rechte nur innerhalb der Rechtsordnung ausüben, wenn ihnen nicht ausdrücklich eine Freistellung gewährt ist[46]), und eine solche Sonderstellung verleiht die Kleinbahngenehmigung nicht. Es ergibt sich also folgendes Bild: Objektiv betrachtet, wird die Gefahr, deretwegen die Polizei gegen die Straßenbahn einschreitet, durch das Zusammenwirken des Aufzuges und des Straßenbahnverkehrs verursacht. Beide Verursacher haben an sich gleiches Recht zu ihrer Tätigkeit. Die Straßenbahn hat nicht schon deswegen ein Vorrecht auf die Benutzung der Straße, weil sie regelmäßig und schon eher „da" war als der Festzug. Anders entscheidet offenbar W. Jellinek[47]). Wenn aber beide Handlungen an sich rechtmäßig sind und ihr Zusammenwirken eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit auslöst, dann liegt es im Ermessen der Polizei, welche von beiden sie verbieten, welche von beiden sie durch ein Verbot für die Zeit der Sperre zu einer unrechtmäßigen machen soll[48]). Die Polizei kann die Straßenbahn für den Störer halten und in Erfüllung ihrer Pflicht gegen sie vorgehen. § 21 PVG ist also nicht gegeben und deshalb auch nicht die §§ 70/71 PVG, und es kann hier unberücksichtigt gelassen werden, ob etwa noch § 70, I, S. 2 PVG zuträfe.

§ 8: Das Verhältnis der §§ 70 ff. PVG zu den §§ 74, 75 Einl. ALR.

Haben wir den Tatbestand des polizeilichen Notstandes abgelehnt, so stehen wir vor der anderen Hauptfrage: Gibt es nur dann einen Entschädigungsanspruch, wenn § 21 PVG vorliegt, oder sind auch noch Fälle denkbar, in denen der durch einen polizeilichen Eingriff, der auf den §§ 14 ff. PVG beruht, Geschädigte diesen Schaden ersetzt bekommt, ohne daß die Entschädigungspflicht im Polizeiverwaltungsgesetz festgelegt ist? Mit anderen Worten: es gilt das Verhältnis der Vorschriften über Entschädigung wegen Polizeiakte, die wir im Polizeiverwaltungsgesetz finden, zu den §§ 74, 75 Einl. ALR klarzustellen. Die Bestimmungen aus dem ALR lauten:

§ 74: „Einzelne Rechte und Vorteile der Mitglieder des Staates müssen den Rechten und Pflichten zur Beförderung des gemeinschaftlichen Wohls, wenn zwischen beiden ein wirklicher Widerspruch (Kollision) eintritt, nachstehen", und

§ 75: „Dagegen ist der Staat demjenigen, welcher seine besonderen Rechte und Vorteile dem Wohle des gemeinen Wesens aufzuopfern genötigt wird, zu entschädigen gehalten."

Eine wesentliche Einschränkung des sich hieraus ergebenden Anspruchs enthält die Allerhöchste Kabinettsordre vom 4. 12. 1831[49]), deren Rechtswirksamkeit zwar nicht unbestritten[50]), aber doch im allgemeinen anerkannt

---

46) so Fleischmann, Die Entschädigung der öff. Betriebsunternehmungen bei poliz. verfügter Straßensperrung a.a.O. S. 294.

47) W. Jellinek, Verw.R., S. 443. „Wer zuerst kommt, mahlt zuerst".

48) Lassar in v. Brauchitsch II, 1 S. 63.

49) Ges.S., S. 255. Auszüge u. Inhaltsangaben bei Drews-Lassar ..... S. 130 und bei Fleischmann, Eisenbahn-Entsch. Bd. 20 S. 296.

50) vor allem Rehm in Art. „Fiskus" im 3. Erg.Bd. z. Wörterb. d. dt. Verw.R. (Stengel) S. 98 f. und die Widerlegungen bei Fleischmann a.a.O.

und wohl in Anbetracht der Verkündigung im Gesetzblatt und des damaligen absolutistischen Wohlfahrtsstaates nicht bestreitbar ist. Eingehend schildert die Entstehungsgeschichte dieser Kabinettsordre Anschütz [51]). Ihr Inhalt besagt im wesentlichen, daß, wenn der Landesherr eine Maßregel der inneren Verwaltung unmittelbar durch einen Gesetzgebungsakt anordnet, wobei es notwendig ist, das Privatinteresse zu schädigen, nur bei besonderer Festlegung aus dem Staatsvermögen Entschädigung gewährt werden solle, bei sonstigen Einrichtungen in der Verwaltung dagegen, die das Privateigentum des Einzelnen gefährden, die Entschädigung aus dem Gesamtvermögen zu leisten sei. Fleischmann [52]) faßt ihn so, daß wegen der Folgen der Ausübung eines Hoheitsrechts ein Entschädigungsanspruch gegen den Staat nicht gegeben sei. Daß die angeführten Bestimmungen bis zum Erlaß des Polizeiverwaltungsgesetzes vom 1. 6. 1931 auch für das Polizeirecht noch in Geltung waren, kann im Hinblick auf den § 89 Ziff. 1a pr. Ausführungsgesetz zum BGB nicht angezweifelt werden.

Es herrscht lebhafter Streit darüber, was unter den besonderen Rechten des § 75 E.ALR. zu verstehen sei, wann ein wirklicher Widerspruch vorhanden sei und wann danach Entschädigung gezahlt werden müsse. Verschiedene Auslegungen gibt es auch über den Inhalt der Kabinettsordre, besonders darüber, was zum „Privateigentum" gehöre. Fleischmann rechnet dazu jedes private Vermögensinteresse, während andere und besonders Anschütz [53]), dem Wortsinne folgend, die Bestimmung nur bei Eingriffen in Privatrechte für anwendbar halten. Allerdings warnt Anschütz [54]) davor, bei Verleihung besonderer Rechte und Vorteile an öffentlichen Sachen das privatrechtliche Wesen des begründeten einzelnen Rechts zu verkennen. Aber wenn wir auch die durch die Kleinbahngenehmigung begründeten Rechte als solche i. S. der §§ 74, 75 und der AKO von 1831 ansehen, so erhebt sich die andere Frage: Ist es überhaupt möglich, bei Schäden, die aus polizeilichen Maßnahmen nach § 14 PVG herrühren, noch einen Ersatzanspruch aus diesen landrechtlichen Paragraphen zu untersuchen? Ist für sie noch neben dem Polizeiverwalrungsgesetz in dieser Beziehung Raum? Diese Kernfrage muß unserer Ansicht nach verneint werden. Das Schrifttum äußert sich hierzu teilweise nicht ganz eindeutig. Bei Lassar [55]) heißt es z. B., die §§ 74, 75 E.ALR. gälten nicht mehr für die in § 21 PVG geregelten Tatbestände. Es wird also offen gelassen, ob im übrigen die §§ 74, 75 E.ALR. anzuwenden sind. An anderer Stelle [56]) findet sich dann wieder die Meinung, da das Eigentum nicht unbeschränkt sei, sondern aus nachbarrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Gründen der Beschränkung unterliege, begründe eine Polizeiverfügung i. S. des § 40 PVG keinen Ersatzanspruch, da sie nur eine dem Eigentum immanente Pflicht geltend

---

und bei Anschütz, Vermögensbeschädigung ... Verw.Arch. 5, 78 81. Darüber, daß der Staatsrat nicht gehört worden war, s. Boemke, Die staatl. Entschäd.-Pflicht ... S. 7 f.

51) Anschütz a.a.O. S. 72 ff.
52) Fleischmann a.a.O.
53) Anschütz: Die Vermögensbeschädigung. S. 82 u. 107.
54) Anschütz a.a.O. S. 108.
55) Lassar in v. Brauchitsch II, 1 S. 130.
56) Lassar a.a.O. S. 131.

mache; und Anschütz meint[57]), die §§ 74.75 E. ALR. seien für das Gebiet der polizeilichen Verfügungen weitgehend überholt. Dagegen tritt für die gänzliche Beseitigung der genannten Vorschriften hinsichtlich der Polizei Friedrichs[58]) ein. Er stellt fest, daß die genannten Gesetzesstellen nur für das außerpolizeiliche Gebiet in Kraft geblieben sind. Derselben Meinung ist Drews[59]). Sie ist u. E. die allein richtige. Fleischmann konnte bei der Behandlung derselben Frage, wie sie hier zur Erörterung steht, nur das Allgemeine Landrecht und insbesondere die erwähnten Paragraphen der Einleitung heranziehen. Er hält die Polizeiverfügung ebenfalls für rechtmäßig, gibt der Straßenbahn aber auf Grund der Regelung des ALR. einen Entschädigungsanspruch, weil sie besondere Rechte aufgeopfert habe, die ihr auf Grund der Kleinbahngenehmigung zuteil geworden seien. Fleischmann[60]) läßt dabei den Gesichtspunkt nicht unerwähnt, daß jedem Privatrecht durch das öffentliche Recht Schranken gezogen sind, die, geltend zu machen, gerade Aufgabe der Polizei sei. Für den Inhalt dieser Schranken findet er eine Erklärung in ALR. I. 8. § 25:

„Einschränkungen des Eigentums müssen durch Natur, Gesetze oder Willenserklärungen bestimmt sein",

vergleicht diese Einschränkungsmöglichkeiten mit dem zur Erörterung stehenden Fall und stellt fest, daß eine Einschränkung des Betriebsrechts der Straßenbahn weder durch die Natur der Sache, noch durch Gesetz, noch durch ausdrücklichen Vorbehalt bei Erteilung der Genehmigung gegeben sei, und ein stillschweigender Vorbehalt sei nicht anzunehmen.

Dieser Standpunkt und diese Entscheidung können heute im Hinblick auf das Polizeiverwaltungsgesetz nicht mehr gebilligt werden, obgleich sie wiederholt Anklang gefunden haben[61]). Es kann nicht bestritten werden, daß die betreffenden Stellen des Allgemeinen Landrechts nicht völlig durch das Polizeiverwaltungsgesetz beseitigt worden sind, wie auch das Reichsgericht ausdrücklich betont[62]). Wären sie es, so hätte wahrscheinlich das Gesetz dies selbst erwähnt, wie es auch viele andere Gesetze und Verordnungen, die für das Polizeirecht von Wichtigkeit waren, außer Kraft gesetzt hat. Mit den §§ 74/75 E. ALR. konnte das Polizeiverwaltungsgesetz nicht ebenso verfahren, da diese Bestimmungen nicht nur für sein Gebiet, sondern darüber hinaus für das öffentliche Recht wichtig waren und sind. Aber für das Gebiet der allgemeinen Polizei gelten sie nicht mehr. Denn das Polizeiverwaltungsgesetz hat die Schadensersatzfrage selbst entschieden und zwar in der Weise, daß nur und ausschließlich dann Schadensersatz gewährt wird, wenn der Fall des § 21 PVG vorliegt; §§ 74/75 E. ALR., ebenso auch die AKO. vom 4. 12. 1831 sind vollständig ausgeschaltet. Dies Ergebnis folgt eindeutig aus dem Gesetz. Es heißt dort zwar nicht ausdrücklich, nur im Falle des § 21 gäbe es einen Ersatzanspruch, aber

57) Anschütz, Komm. S. 721.
58) Friedrichs, Komm. z. PVG, S. 320.
59) Drews, Pr.Polizeirecht I, 3. Aufl. S. 94.
60) Fleischmann a.a.O. Bd. 21 S. 311.
61) z. B. Kittel, Rechtl. Stellg. . . . in Eisb.Entsch. 23 S. 331 Anm. 2. Lehmann: Die Rechte d. Unternehmers S. 59 ff.
62) RG. 137 S. 189.

der Sinn ist klar. Welche Bedeutung konnte § 70 PVG sonst überhaupt haben? Doch „nur" eine Klarstellung, daß ganz unbestreitbar wenigstens im Fall des § 21 PVG Ersatz zu leisten sei, im übrigen aber die Entschädigungspflicht dem Streite der Parteien überlassen bliebe. Wir verkennen hierbei nicht, daß dieses „nur" die Bedeutung der Tatsache, daß das Gesetz einen Fall der Entschädigungspflicht selbst und eindeutig geregelt hat, keineswegs abschwächen kann. Aber der Tatbestand, der jetzt nach §§ 70 ff. PVG einen Entschädigungsanspruch zur Folge hat, war ja gerade der bezeichnende Fall der §§ 74/75 E.ALR., in denen bestimmt ist, daß jemand, der ein besonderes Recht aufopfert, in unserer Sprache gesprochen, der als Nichtpolizeipflichtiger in Anspruch genommen wird, schadlos gehalten werden soll. Daraus, daß der Gesetzgeber das Polizeirecht grundlegend im Polizeiverwaltungsgesetz und mit ihm die Entschädigungsfrage bei rechtmäßigem Polizeiakt regelte, scheint uns klar hervorzugehen, daß Zweck der §§ 70 ff. PVG war, die Streitfragen, die sich an die §§ 74, 75 E. ALR. anknüpften, für das Polizeirecht zu erledigen. Ein anderer Beweis hierfür ist uns die Aufhebung des Gesetzes über die Zulässigkeit des Rechtswegs in Beziehung auf polizeiliche Verfügungen vom 11. 5. 1842 [63]) durch den § 79, II c PVG, denn in diesem Gesetz war in § 4 auf die Tatbestände der §§ 74/75 E.ALR. verwiesen worden.

Indes beseitigt diese Regelung nicht alle Schwierigkeiten, die bei derartigen Schadensersatzansprüchen entstehen. Sondern ein Teil von ihnen ist auf das Gebiet der sog. Polizeipflichtigkeit verlagert worden; denn nur, wenn die Polizei rechtmäßig gegen nichtpolizeipflichtige Personen vorgeht, wird ein Ersatzanspruch zugestanden. Gerade die scharfe Abgrenzung der polizeipflichtigen von den nichtpolizeipflichtigen Personen im Polizeiverwaltungsgesetz und die genaue Regelung der Voraussetzungen für ein Einschreiten gegen die Nichtpolizeipflichtigen beweist, daß der Gesetzgeber, wenn er im letzten Fall ausdrücklich einen Entschädigungsanspruch gibt, einen solchen in den übrigen Fällen nicht geben wollte. Den Begriff der Polizeipflichtigkeit umschreibt und erläutert das Gesetz selbst als die Verantwortlichkeit für das polizeigemäße Verhalten von Personen und für den polizeigemäßen Zustand von Sachen. Die Pflicht, sich so zu verhalten und den Zustand seiner Sachen so einzurichten, daß keine Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung entstehen, ist eine Pflicht, die Inhalt des Eigentums oder doch seine selbstverständliche Schranke ist, ja, die erst überhaupt die Einrichtung des Eigentums ermöglicht und gewährleistet. Diese Pflicht besteht auch für das Kleinbahnunternehmen. Sie bestünde auch dann für die Straßenbahn, wenn die Konzession ein besonderes Straßenbenutzungsrecht gegenüber dem allgemeinen Verkehr enthielte. Aber bei solchem besonderen Recht wäre keine Polizeipflicht in dem Sinne vorhanden, daß die Straßenbahn zur Vermeidung von Gefahren dem allgemeinen Verkehr weichen müßte. Das widerspräche dem Konzessionsinhalt, der von dem Gesetz und der Polizei selbst festgesetzt wäre. Dies ist ein ausschlaggebender Grund dafür, wenn wir besonders betonen, daß bei Entschädigungsansprüchen wegen polizeilicher Verfügungen streng geschieden

63) Ges.S. S. 192.

werden muß nach Rechtmäßigkeit und Rechtswidrigkeit des Polizeiaktes, da der Anspruch bei Rechtmäßigkeit sich auf den Tatbestand der § 21 PVG und einige andere (Rücknahme von Erlaubnissen § 70, II PVG) beschränkt und sonst nur auf Ersatz zu rechnen ist, wenn der Akt rechtswidrig war. Ähnlich lautet auch die Ansicht Stier-Somlos[64]), der gleichfalls nur dann Entschädigung zubilligt, wenn ein Fall des Staatsnotrechts oder eine rechtswidrige Handlung vorliegt. Er macht allerdings eine Ausnahme für die besonderen Rechte des § 75 E.ALR. Sehr klar spricht sich in unserem Sinne Drews[65]) aus, ähnlich, zum mindesten für das Gebiet der sicherheitspolizeilichen Anordnung, Molitor[66]). Ganz abwegig steht Voßen[67]), wenn er eine öffentlich-rechtliche Pflicht des Eigentümers, sein Eigentum so zu benutzen, daß polizeilich zu schützende öffentlich-rechtliche Interessen nicht gefährdet werden, leugnet. Weiter schließen wir uns der Meinung von Drews[68]) und Kerstiens[69]) an, daß das Polizeiverwaltungsgesetz die Gedanken der §§ 74/745 E.ALR. enthalte, indem es einerseits bestimme, wer polizeipflichtig sei, andererseits das Staatsnotrecht und den daraus hervorgehenden Schadensersatzanspruch festlege. Damit sind auch, zum mindesten für das Gebiet der Polizei, die vielen Streitfragen beiseite geräumt, wobei noch erwähnt werden mag, daß Fleischmann zuzustimmen ist, wenn er entgegen der Ansicht von Löning[70]) ebenso wie die Praxis und andere Wissenschaftler mit guter Begründung meint[71]), „aufopfern" sei nicht gleichbedeutend mit völliger Beseitigung des Rechts, wie es vielleicht der Wortsinn des Ausdruckes „aufopfern" vermuten läßt.

Wollte man infolge richtiger Durchführung unserer Ansicht heute zu demselben Ergebnis wie Fleischmann kommen, so müßte man die Straßenbahn für nicht polizeipflichtig erklären und bekäme dann einen durch die vielen Voraussetzungen erschwerten Anspruch aus Art. 131 RV. § 839 BGB, es sei denn, daß die Betroffenen selbst den Verwaltungsakt für gültig hielten und nach § 70 PVG vorgingen. Die Prüfung, wer im gegebenen Fall polizeipflichtig ist, richtet sich allerdings nach objektiven Merkmalen, und es erhöben sich Zweifel, ob das etwa vorhandene Sonderrecht der Straßenbahn etwas an der Tatsache, wer Störer ist, ändern könnte. Wäre es nicht angebracht, auszuführen, daß unter Umständen die Straßenbahn mit Rücksicht auf die festen Gleise und den regelmäßigeren und häufigeren Verkehr in stärkerem Maße an der Verursachung der drohenden Gefahr beteiligt sei? Das sind Fragen, die, äußerlich gesehen, im Verhältnis von Ursache und Grund in der Rechtswissenschaft ebenso beantwortet werden müssen wie in anderen Wissenschaftszweigen. Doch mit dieser Betrachtungsweise kann man sich nicht zufrieden geben. Das zeigt schon die

---

64) Verwaltungsarchiv Bd. 6, S. 336.
65) Drews, JW 1922 S. 260 ff.
66) Molitor: Über d. Haftung d. Staates. Arch.öff.R. 20, 269.
67) Vossen: Über d. Grenzgebiet, Arch.öff.R. 22, 259/260.
68) Drews a.a.O. Pr. Polizeirecht I, 94.
69) Kerstiens in Verw.Arch. Bd. 36 S. 223: „in Anlehnung an § 75 E.ALR" u. S. 217.
70) Löning, Verw.R. S. 785 Anm. 3.
71) Fleischmann a.a.O. Bd. 20 S. 377.

Überlegung, daß dann ja ebenso die Aufzüge störten. Man muß, wie überall in der Rechtswissenschaft [72]), so auch im Gebiete der Polizei und Polizeipflichtigkeit [73]), wertende und abwägende Überlegungen anstellen. Das verstößt nicht gegen die Forderung nach objektiver Feststellung des Verursachers und des Störers. Es wäre möglich gewesen, daß die Kleinbahngenehmigung ein so weitgehendes Sondernutzungsrecht an der Straße enthielte, daß auch die Polizei es nur im Falle des Notstandes verletzen könnte. Dem ist, wie wir mit stichhaltiger Begründung dargetan zu haben glauben, nicht so. Und wenn ein Polizeipflichtiger in Anspruch genommen wird, kann er nicht auf Ersatz des erlittenen „Schadens" rechnen.

§ 9. Anspruch aus Billigkeitsgründen.

(Otto Mayers und Fleiners Lehren).

Schließlich bedarf noch eine mögliche Grundlage für den Entschädigungsanspruch der Erörterung, die sich nicht im Gesetz findet, aber trotzdem als geltendes Recht hingestellt worden ist. Das ist einmal die Lehre von der Entschädigungspflicht des Staates nach Billigkeitsrecht, wie sie von Otto Mayer [74]) vertreten wird, und die Lehre von der allgemeinen Rechtsüberzeugung einer Entschädigungspflicht aus Gerechtigkeitserwägungen, die von Fleiner [75]) dargestellt wird. Vorauszuschicken ist, daß es nach beiden Wissenschaftlern keinen Unterschied macht, ob der zur Entschädigung verpflichtende staatliche Eingriff in ein subjektives privates oder öffentliches Recht erfolgt ist; Fleiner [76]) läßt es sogar genügen, daß eine Vernichtung oder Beschränkung von bloß tatsächlichen Vorteilen eingetreten ist. Danach wäre die Frage, ob durch die Kleinbahngenehmigung ein subjektives öffentliches oder ein subjektives privates oder überpaupt ein subjektives Recht entstanden ist, ohne Bedeutung, wenigstens nach der Ansicht Fleiners.

Was ist von diesen Lehren zu halten? Können sie der Kleinbahn zur Entschädigung verhelfen? Beide beruhen letzten Endes auf Billigkeitserwägungen [77]), und so ist zu fragen, ob die Billigkeit für eine Schadloshaltung des Straßenbahnunternehmens spricht. Grob betrachtet, kann diesem durch die Betriebssperre ein ziemlicher Schaden entstanden sein, und man stelle sich häufigere Untersagungen des Verkehrs für mehrere Stunden vor, so leuchtet ein, daß das Unternehmen empfindlich getroffen werden kann. Aber trotzdem ist auch andererseits zu berücksichtigen, daß, je häufiger die Aufzüge stattfinden, deretwegen der Betrieb zeitweise untersagt wird, sich auch die Fälle mehren, in denen der Verkehr sich verstärkt. Da es unwahrscheinlich ist, daß die Polizei aus Sicherheitsgründen die Sperre

72) Vgl. etwa bei Mezger, Lehrb. d. Strafr. (1933) S. 82; S. 85 Anm. 20.
73) Scholz-Forni: Über die Verantwortlichkeit . . im Verw.Arch. 30 S. 260.
74) Otto Mayer, Entschädigungspflicht d. Staates nach Billigkeitsrecht u. Verw.Recht, II. Bd. 3. Aufl. S. 295 ff.
75) Fleiner, Institutionen d. dt. Verw.R., 8. Aufl. S. 304.
76) Fleiner, a.a.O.
77) Fleiner, a.a.O. S. 296.

über das notwendigste Maß hinaus ausdehnt, wird stets auch für die Straßenbahn noch eine Vermehrung der Einnahmen stattfinden. Es kann hier nicht darauf eingegangen werden, ob die Straßenbahn sich die durch den verstärkten Verkehr vergrößerten Einnahmen auf den durch den Betriebsausfall erlittenen Schaden anrechnen lassen muß, sofern sie einen Anspruch auf Entschädigung hätte, sondern es mag nur angedeutet werden, daß auch die Billigkeit nicht schlechthin für eine Entschädigung spricht. Die Erwiderung, diese Überlegung sei juristisch ungenau, da nicht der Aufzug, sondern das Zusammentreffen zwischen beiden den Anlaß zur Betriebssperre gegeben habe, und nun nicht der verstärkte Verkehr, den der Aufzug mit sich gebracht habe, zum „Ausgleich" herangezogen werden könne, ist nicht stichhaltig. Denn, aufs Ganze gesehen, stehen Aufzug und Straßenbahnverkehr, Betriebsausfall und größere Einnahmen doch in einem Zusammenhang. Es fragt sich sogar, ob die Straßenbahn tatsächlich in der Lage ist, also auch ohne ein polizeiliches Verbot, wegen des Aufzuges in den betreffenden Straßen zu verkehren.

Und wenn aus Billigkeitsgründen für einen Anspruch zu entscheiden wäre, so wäre das doch keine genügende rechtliche Grundlage. Entschädigung kann nur beansprucht werden, wenn ein Rechtssatz sie gibt. Dieser Rechtssatz kann gesetztes oder durch Gewohnheit begründetes Recht sein. Ein für eine allgemeine staatliche Entschädigungspflicht sprechender Rechtssatz kann aber in beiden Rechtsfällen nicht gefunden werden. Die von Otto Mayer geforderte Billigkeitsentschädigung läßt sich nicht positiv-rechtlich begründen. Seine Einstellung zu einer rechtlichen Begründung der staatlichen Entschädigungspflicht bei Eingriff in den unmittelbaren Rechtskreis des Individuums, der ein besonderes Opfer erheischt, kennzeichnet der Ausspruch [78]), daß das Billigkeitsrecht natürlich nicht ohne äußeren Grund sein könne. So wenig man den Art. 13 der Erklärung der Menschenrechte : „Alle Bürger haben gleichmäßig zu den Staatslasten beizutragen" hier als äußere Anspruchsgrundlage heranziehen kann, so wenig kann heute ein solcher Anspruch etwa auf den Art. 109, RV.: „Alle Deutschen sind vor dem Gesetz gleich" äußerlich begründet werden. Otto Mayer selbst gibt zu, daß eine Billigkeitsforderung nicht von selbst gleichbedeutend mit einer Rechtsvorschrift sei, hat also seine Anschauung vom reinen Billigkeitsrecht, wie sie in der erwähnten Schrift von 1904 [79]) vertreten wurde, erheblich geändert. Aber unklar und ungenau werden seine Ausführungen, wenn er behauptet [80]), daß sich in Deutschland eine Ordnung der öffentlich-rechtlichen Entschädigung dadurch herausgebildet habe, daß die Billigkeitsforderung als treibende Kraft die Menschen dazu gebracht habe, Billigkeitsrecht zu erzeugen. Auch ein dahingehendes Gewohnheitsrecht ist nicht entstanden. Insofern hat Fleiner also durchaus recht, wenn er dagegen Stellung nimmt [81]), daß gewohnheitsrechtlich der „Staat" bei Auferlegung eines besonderen Opfers, das gleichzeitig einen

78) Otto Mayer, Entschädigungspflicht ... S. 14.

79) Otto Mayer, Entschädigungspflicht ... S. 5. „Das allgemeine Prinzip der Billigkeit". Aber darauf läßt sich kein Anspruch stützen.

80) Otto Mayer in Verw.R. Bd. II S. 296.

81) Fleiner, Institutionen ... S. 302.

Eingriff in den unmittelbaren Machtkreis darstelle, zur Entschädigung verpflichtet sei, weil eine derartige allgemeine Rechtsüberzeugung nicht vorhanden wäre.

Nicht annehmbar oder doch nicht brauchbar ist aber auch die Lehre Fleiners. Er erkennt zwar an [82]), daß es einen allgemeinen gewohnheitsrechtlichen Satz über die öffentlich-rechtliche Entschädigung nicht gibt, behauptet aber, daß in allen deutschen Staaten bei gewissen Arten von staatlichen Eingriffen die Vorstellung, die staatliche Entschädigung entspreche der Gerechtigkeit, so allgemein geworden sei, daß sie sich zu einer festen Rechtsüberzeugung verdichtet habe. Die Anwort auf die Frage, was unter den gewissen Arten von Eingriffen zu verstehen sei, bleibt Fleiner aber durchaus schuldig, sodaß man diese seine Lehre praktisch nicht verwerten kann. Die Rechtsprechung hat denn auch, soweit wir sehen, bisher in keinem Falle einen öffentlich-rechtlichen Entschädigungsanspruch auf solches Billigkeits- oder Gewohnheitsrecht gestützt, sondern sich immer bemüht, gerade, wenn die Billigkeit für eine Entschädigung sprach, eine gesetzliche Grundlage zu finden, um sie direkt oder entsprechend zu benutzen. Zu den gewissen Arten von Eingriffen (i. S. Fleiners) gehören sicherlich nicht die polizeilichen Eingriffe, die zwecks Aufrechterhaltung der Sicherheit und Ordnung erfolgen. Sondern hier hat das Gesetz selbst die einzelnen Fälle, in denen es sich für eine Entschädigungspflicht des Staates entschied, geregelt.

Insbesondere wäre es auch abwegig, auf Grund von Billigkeitserwägungen den § 51 Gew.O. oder den darin enthaltenen Rechtsgedanken heranzuziehen. Dagegen spricht vor allem der Umstand, daß in § 51 Gew.O. an eine gänzliche Schließung des Betriebes gedacht ist, nicht aber an Verfügungen, die nur die Wirtschaftlichkeit der Anlage in Frage stellen [83]). Ferner spricht dagegen die ausdrückliche Sonderstellung der Eisenbahnen, die gemäß § 6 Gew.O. nicht unter die Gewerbeordnung fallen [84]), und dann auch die Billigkeit selbst. Zum mindesten kann gesagt werden, daß die Billigkeit, falls sie maßgebend wäre, nicht gebieterisch eine Entschädigung forderte.

§ 10. Zusammenfassung und Abschluß.

Wir kamen bei unseren Erörterungen zu dem Ergebnis, daß eine Straßenbahn, deren Verkehr durch die Polizei aus Sicherheitsgründen zeitweilig gesperrt wird, keinen rechtlichen Anspruch darauf hat, den erlittenen Schaden vom Staat oder einer anderen öffentlich-rechtlichen Person ersetzt zu bekommen, sofern der Eingriff rechtsmäßig war. Dafür, ob der Eingriff rechtmäßig oder rechtswidrig war, hielten wir die Beschaffenheit der Kleinbahngenehmigung für entscheidend. Wir wollen nochmals das Mißverständnis vermeiden, als ob eine Kleinbahn, die ein Privileg

---

82) Fleiner, a.a.O. S. 304.

83) Hoffmann, Reichsgewerbeordng. 34./35. Aufl. S. 121; OVG 14, S. 323 u. Landmann, Gew.O. I, 1 S. 639.

84) Landmann a.a.O. S. 640.

erhalten hat, gegen alle Polizeieingriffe gefeit sei. Auch sie wäre vielmehr verpflichtet, ihr Eigentum und ihren Betrieb in polizeigemäßem Zustand zu erhalten. Aber es müßte stark bezweifelt werden, ob bei Vorliegen einer echten Verleihung auch in dem behandelten Falle, wo es um Straßenbahn und allgemeinen Verkehr geht, der Eingriff berechtigt ist, da Wesen und Inhalt der Konzession das Betriebsrecht, das Vorrecht gegenüber dem allgemeinen Verkehr wäre. Weiter haben wir zu zeigen versucht, daß ein Heranziehen des Art. 153, II RV. ebenso aussichtslos ist. Damit befinden wir uns in Übereinstimmung mit der herrschenden Lehre und Praxis, müssen diesen aber den Vorwurf der Folgewidrigkeit machen, da einerseits von ihnen jeder staatliche Einzeleingriff, der besondere Opfer auferlegt, für einen Enteignungsakt gehalten wird, dann aber ohne jede nähere Begründung bei polizeilichen Eingriffen noch eine Anspruchsbegründung nach den §§ 74/75 E.ALR. oder §§ 70 ff. PVG, also Landesrecht, zugelassen wird. Bei der Prüfung, ob diese Bestimmungen anwendbar sind, war vor allem ihr gegenseitiges Verhältnis zueinander festzustellen. Dies liegt aber so, daß die landrechtlichen Bestimmungen für das Gebiet der Polizei durch das Polizeiverwaltungsgesetz aufgehoben sind. Nach diesem ist jedoch kein Anspruch für die Straßenbahn gegeben, weil sie als polizeipflichtig und nicht im Notstand des § 21 PVG mit einer Verfügung bedacht wird. An Hand der Betrachtung der wissenschaftlichen Lehren über die allgemeine, öffentlich-rechtliche Entschädigungspflicht, bei denen besonders Billigkeitserwägungen maßgebend sind, mußte festgestellt werden, daß in dem Falle der Straßensperre die Billigkeit nicht einmal schlechthin für die Entschädigung spricht. So ist das Endergebnis unserer Untersuchung die Verneinung eines Ersatzanspruchs, da eine positivrechtliche Grundlage für ihn nicht gefunden werden kann.

Lebenslauf.

Am 19. September 1910 wurde ich als Sohn evangelischer Eltern in Naugard in Pommern geboren. Nach Besuch zweier Vorschulen wurde ich in die Sexta des Friedrich-Wilhelm-Gymnasium zu Greifenburg in Pommern aufgenommen. Ostern 1930 bestand ich an dieser Schule die Reifeprüfung. Anschließend widmete ich mich dem Studium der Rechtswissenschaften an den Universitäten Rostock, Freiburg im Breisgau und Marburg. Am 16. 12. 1933 legte ich am Oberlandesgericht in Kassel das erste juristische Staatsexamen ab und befinde mich seit dem 15. 3. 1934 im Vorbereitungsdienst im Bezirk des Oberlandesgerichts zu Stettin. Am 1. 3. 1934 bestand ich vor der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Philipps-Universität zu Marburg die mündliche Doktorprüfung.